Begriff und Wirkungen der Fälligkeit nach gemeinem und bürgerlichem Recht.

o

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

AGAD. LEHRAT. BIBL.

vorgelegt von

MARS COHN

Referendar in Berlin.

BERLIN 1903.

Druck von Heinrich Schiftan, Berlin S., Stallschreiber-Strasse 27-28.

Dem Andenken meines Vaters.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0047

Inhaltsübersicht.

I. Teil.

Der Begriff der Fälligkeit.

Seite

Einleitung 1
1. Kapitel: Verhältnis der Fälligkeit zur Entstehung des subjektiven Rechts.
§ 1. I. Bei unbefristeten Rechtsgeschäften 2
II. Bei betagten Rechtsgeschäften
A. Im gemeinen Recht.
§ 2. a) Im allgemeinen 5
§ 3. b) Bei obligatorischen Rechtsgeschäften 8
§ 4. c) Bei dinglichen Rechten 12
§ 5. B. Im Bürgerlichen Gesetzbuch 16
2. Kapitel: Verhältnis der Fälligkeit zur Entstehung des Anspruchs.
I. Im gemeinen Recht.
§ 6. A. Der Anspruchsbegriff Windscheids 20
§ 7. B. Die Modifikation dieses Anspruchsbegriffs 22
II. Im Bürgerlichen Gesetzbuch.
§ 8. A. Die Ansicht von der Identität der Forderung und des Anspruchs 25
§ 9. B. Die Widerlegung dieser Ansicht 26
3. Kapitel: Begriffsbestimmung der Fälligkeit.
§ 10. I. Die Bedeutung der Fälligkeit für das Forderungsrecht des Gläubigers 31
§ 11. II. Die Bedeutung der Fälligkeit für die Leistungspflicht des Schuldners 32
§ 12. III. Die Bedeutung der Fälligkeit für die Erfüllbarkeit der Obligation 35

II. Teil.

Die Wirkungen der Fälligkeit.

§ 13. Einleitung 37
1. Kapitel: Wirkungen, die sich an die Fälligkeit unmittelbar anschliessen.
§ 14. I. Entstehung des Klagerechts 38
§ 15. II. Kompensation und Retention und andere unmittelbare Wirkungen der Fälligkeit 40

Seite

2. Kapitel: Wirkungen, die das Ausbleiben der fälligen Leistung erzeugt.

I. Wirkungen für den Schuldner.

A. Gesetzliche.

§ 16. a) Die Beziehung der Fälligkeit zur mora debitoris 44

§ 17. b) Die Fälligkeit als Voraussetzung zum Zinsenlauf 52

§ 18. c) Die Beziehung der Fälligkeit zum Pfandrecht 54

B. Vertragsmässige Wirkungen.

§ 19. a) Die Fälligkeit als Erfordernis der Verwirkung der Conventionalstrafe 54

§ 20. b) Die Fälligkeit als Erfordernis der lex commissoria 62

§ 21. c) Die Fälligkeit in Beziehung zu Fixgeschäften 68

II. Wirkungen der Fälligkeit für den Gläubiger.

Beginn der Verjährung.

§ 22. A. Die Klageverjährung des gemeinen Rechtes 68

§ 23. B. Die Anspruchsverjährung des Bürgerlichen Rechts 77

I. Teil.

Der Begriff der Fälligkeit.

Einleitung.

Mit der Existenz eines Rechtes ist zugleich auch die Möglichkeit seiner Geltendmachung verbunden. Denn das rechtliche Dürfen hätte keinen Sinn, keinen wirklichen und festen Gehalt, wenn ihm nicht ein rechtliches Können entspräche. Nichtsdestoweniger aber gehört dieses rechtliche Können, die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts, nicht zu seinem Inhalte, sondern setzt seine Existenz voraus und ist als eine Folge desselben zu bezeichnen. Damit hebt es sich aber von dem Rechte selbst ab und ist von ihm zu unterscheiden als ein selbstständiger, neben ihm existierender Faktor. Wenn wir nun auch sagten, dass die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechtsinhalts mit dem Rechte selbst als unmittelbare Folge verknüpft ist, so wird es doch auch Fälle geben, wo diese Unmittelbarkeit entsprechend den Erfordernissen des Lebens, sei es durch Gesetz oder insbesondere durch Parteiwillen ausgeschlossen und die Geltung, die Realisierung desjenigen, was schon heute Recht sein soll, auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben wird. Eine solche Trennung kann aber nur dann möglich sein, wenn das Wesen des bestimmten subjektiven Rechts nicht durchaus auch der sofortigen Entstehung, der Realisierungsmöglichkeit bedarf, wenn schon das blosse Dürfen Wirkungen erzeugen kann. Wo das subjektive Recht den Berechtigten in Beziehung zur Körperwelt setzt, wo die sogenannten dinglichen Rechte entstehen, wird schon von

vornherein eine solche Trennung von Dürfen und Können als ausgeschlossen erscheinen müssen. Wo aber der Berechtigte in Beziehung zu einem Verpflichteten tritt, ein persönliches Recht entsteht, wird schon das blosse Dürfen ohne Können dem anderen als etwas wirklich Existierendes vorschweben müssen. Denn es äussert ja immerhin schon Wirkungen. Das Dürfen zieht den Anderen in den Kreis des „Sollens"; eine Schlinge ist um ihn geworfen, welche sich zuzieht, wenn dereinst aus dem Sollen ein „Müssen" wird. Lässt sich aber, wie wir gesehen haben, für die obligatorischen Rechte das rechtliche Dürfen von dem rechtlichen Können trennen, so kommt für sie der Eintritt der Realisierungsmöglichkeit als ein neues selbstständiges Moment zu dem existierenden Rechte hinzu, das Veränderungen in dem Bestande der Obligationen hervorrufen muss. Der Eintritt dieses Moments nun ist es, den man im allgemeinen als Fälligkeit bezeichnet. Wir werden jetzt nach diesen allgemeinen Andeutungen im einzelnen zunächst zu prüfen haben, in welcher Beziehung die Fälligkeit zur Existenz des subjektiven Rechtes steht.

1. Kapitel.

Verhältnis der Fälligkeit zur Entstehung des subjektiven Rechts.

I. Bei unbefristeten Rechtsgeschäften.

§ 1.

Wenn wir zunächst auf das römische Recht zurückgehen, so finden wir in den Quellen den Gedanken klar und deutlich ausgesprochen, dass bei obligatorischen Verträgen eine Trennung zwischen der Entstehung des Rechts und dem zur Erfüllung reifen an sich zwar nicht stattfindet, dass trotzdem aber auch hier die Entstehung des subjektiven Rechts begrifflich vom Eintritt der Fälligkeit zu unterscheiden ist. Denn es heisst in l. 213 D. de V. S. 50,16 ubi pure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies.

Diesem Satz liegt die Vorstellung zu Grunde, wie wenn die Zeit von einem Ausgangspunkte im Raume sich fortbewegend zu einem bestimmten anderen Ziele, dem Ruhe-

punkt ihrer Bewegung gelangt [1]). Dieser Ausgangspunkt dies cedens ist der Zeitpunkt der Entstehung des Rechts, der Zeitpunkt, wo die Bewegung der Zeit endigt, bedeutet den Eintritt der Fälligkeit, der Realisierungsmöglichkeit des Rechts.

Aus der l. cit. ergiebt sich aber, dass bei unbefristeten Rechtsgeschäften diese beiden Momente, Entstehung und Fälligkeit des Rechts, gleichzeitig eintreten. Dies wird durch eine Reihe von Quellenzeugnissen bestätigt, insbesondere durch die l. 41 § 1 D. de V. O. 45,1 Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur ferner l. 14 D. de R. I. 50,17.

Auch nach dem bürgerlichen Gesetzbuch fallen für die unbefristeten Rechtsgeschäfte die beiden Zeitpunkte, Entstehung des Rechts und die Möglichkeit seiner Geltendmachung zusammen, denn § 271, Abs. 1 B. G. B. besagt: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt, noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger sie sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken".

Dennoch wird nicht immer, wie dieser Paragraph mit Recht hervorhebt, auch bei an sich unbefristeten Verträgen die Leistung sofort verlangt werden können. Es giebt Fälle, wo ohne ausdrückliche Zeitbestimmung das Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, aber das Recht selbst infolge der besonderen Natur des Forderungsrechtes dem Schuldner einen Aufschub der Erfüllung gewährt.

Es sind dies die Fälle der sogenannten Rechtsbefristung in denen ipso iure nach Entstehung des Rechts infolge der Beschaffenheit der Leistung ein längerer Zeitraum für die Bewirkung derselben gewährt werden muss.

Die Quellen weisen eine grosse Zahl von Beispielen solcher Rechtsbefristungen auf [2]). Handelt es sich z. B. darum, einen Bau aufzuführen oder eine Leistung an einem andern

---

[1]) So Scheurl „Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 1871 § 9 S. 35.

[2]) Vgl. l. 105 D. de S. et L. 46,3: cum aliquo temperamento temporis; lex 60 D. de V. O. 45,1; l. 73 D. eod. l. 137 § 2 D. eod.

Orte zu machen, als Rom (Karthago, Capua), so muss dem Schuldner so viel Zeit gelassen werden, als nötig ist, um das impedimentum naturale zu beseitigen; ex arbitrio boni viri ist zu ermessen, in welcher Zeit die Leistung erfolgen muss. Dasselbe gilt auch für unser heutiges bürgerliches Recht nach § 271 Abs. 1 B. G. B. in Verbindung mit dem das B. G. B. beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben.

Welche Folgen diese Rechtsbefristung in Beziehung zur Fälligkeit hat, ob die Fälligkeit der Forderung erst mit Ablauf des Zeitraums eintritt, oder schon dann, wenn der Schuldner es unterlässt, nach Beginn der Frist die Leistung in Angriff zu nehmen und die Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung sich voraussehen lässt, ist in den Quellen nicht widerspruchslos ausgesprochen.

In l. 98 § 1 D. de V. O. 45,1 stellt Marcellus zwar die Ansicht auf, dass nicht vor Ablauf der Frist, in welcher das Werk zu stande gebracht werden kann, geklagt werden dürfe. Allein in l. 72 D. eod wird von Ulpian gerade das Gegenteil behauptet.

Unterholzner[3]) erklärt diesen Widerspruch dahin, dass vor Ablauf der Zeit ein auf Ersatzleistung gerichteter Anspruch nicht zulässig sei, wohl aber auf Vollziehung der Leistung geklagt werden könne, sobald nur irgend der Vorwurf einer Zögerung begründet ist.

Mit Recht wird u. E. diese Auffassung von Sintenis[4]) als gekünstelt verworfen. Denn die Unterscheidung ist gegenüber dem römischen Prozessverfahren, das stets auf eine Geldkondemnation und nicht auf die Sachleistung selbst erging, nicht von Bedeutung. Man wird vielmehr nach den Quellen die Meinung des Marcellus in l. 98 D. cit., die man auch an vielen anderen Stellen[5]), insbesondere in l. 124 D. eod. ausgesprochen findet, als die richtigere ansehen müssen.

Für unser modernes Recht dagegen wird man die Ansicht des Marcellus nicht aufrecht erhalten können. Hier wird

[3]) Unterholzner Schuldverh. Bd. 1 S. 227.
[4]) Sintenis Bd. 2 § 91 N. 12.
[5]) Vgl. l. 10, 14, 98 § 1 D. eod.

man unterscheiden müssen, ob eine Verpflichtung zum Thun nur „Vorbereitungshandlungen voraussetzt oder das Resultat des Thuns aus einzelnen fortschreitenden Leistungen besteht". In diesen Fällen ist es, sagt Kohler [6]) nicht nur eine faktische Notwendigkeit, zeitig mit dem Werk anzufangen, sondern es ist eine rechtliche Pflicht. Für das B. G. B. folgt dies aus dem § 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

Der Gläubiger hat nach § 259 C. P. O. das Recht auf künftige Leistung zu klagen, wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

II. Bei betagten Rechtsgeschäften. *)

a. Im gemeinen Recht.

a) Im allgemeinen.

§ 2.

Wir haben im Vorhergehenden gesehen, dass in der Regel der Fälle die Existenz des Rechts als Begleiterscheinung die präsente Erfüllungspflicht hat. Allein das Recht hat den Parteien die Möglichkeit gegeben, bei Abschluss dieser Rechtsgeschäfte durch willkürliche Vereinbarung den Tag der Fälligkeit hinauszuschieben. Hierbei aber entsteht die Frage, ob durch diese Parteivereinbarung nicht nur die Fälligkeit, sondern auch die Entstehung des Rechts hinausgeschoben sei.

---

[6]) Kohler Beiträge zum Arbeitsvertrag des modernen Rechts im Arch. f. civ. Pr. Bd. 84 S. 4.

*) Die bedingten Rechtsgeschäfte lassen wir deshalb unerörtert, weil, wie verschieden auch die Auffassungen über das Wesen des Schwebezustands vor Eintritt der Bedingung sein mögen, man doch im allgemeinen darüber einig ist, dass das Recht als solches, erst mit dem Eintritt der Bedingung existent wird. Es bieten daher die bedingten Rechtsgeschäfte für den Begriff der Fälligkeit gegenüber den unbedingten nichts neues. Ebenso lassen wir als für unser Thema wenig fruchtbar die Fälle gesetzlicher Befristung ausser Betracht.

Eine früher unbestrittene Ansicht, die ihren bedeutendsten Vertreter in Savigny hat [1]), legt der Wirkung des Anfangstermins den Sinn bei, dass das Recht selbst sogleich erworben, die Ausübung desselben aber bis zu jenem Tage aufgeschoben werde. Diese Meinung ist jedoch in neuerer Zeit nicht ohne Widerspruch geblieben. Im strikten Gegensatze zu ihr hat sich eine Theorie herausgebildet, die dem Anfangstermin nicht nur die Wirkung beilegt, die Möglichkeit der Ausübung eines Rechtes, sondern auch den Erwerb desselben aufzuschieben [2]. [3]).

Zum Beweise für die Nichtexistenz eines sub die begründeten Rechts führt Unger [4]) an, dass nach römischem Recht bei den Testamenten der Nichtsoldaten der Anfangstermin pro non scripto galt [5]).

Die ratio dieser Bestimmung besteht nach Unger darin, dass der unter einem dies eingesetzte Erbe noch überhaupt nicht Erbe, und nicht bloss die Geltendmachung des Repräsentationsverhältnisses, sondern vielmehr das Dasein desselben hinausgeschoben sei.

Diese Argumentation ist keineswegs zutreffend, denn nicht deshalb, weil das Rechtsverhältnis erst ex nunc im Gegensatz zur Wirkung der Bedingung gelten würde, haben die Römer den dies gestrichen, sondern diesem Vorgehen lag lediglich ein praktischer Gesichtspunkt zu Grunde. Nach römischem Recht war den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern hauptsächlich nur die Person des Erben verhaftet,

---

[1]) Savigny, System des heutigen r. R. III § 126, Puchta § 62 S. 86 ff., Goeschen I S. 298 ff., Esmarch § 62 S. 16, Mühlenbruch § 110 S. 227, Holzschuher I S. 394.

[2]) Unger II § 83, Windscheid § 96 N. 5 und die bei Regelsberger Bd. 1 § 158 Anm. 1 genannten Schriftsteller.

[3]) Daneben giebt es noch verschiedene vermittelnde Theorieen, die sich mehr oder weniger an die oben genannten extremen Auffassungen anlehnen. So Dernburg Bd. 1 § 114, Regelsberger I § 158, Scheurl a. a. o. S. 29 ff, Enneccerus Rechtsgeschäft S. 370 ff. Simeon: Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts (Berl. Dissert. u. Preisschrift 1889).

[4]) Unger, II § 83 N. 6.

[5]) § 9 I. de her. inst. 2, 14, l. 34 D. de her. inst. 28,5.

und nicht die hereditas als solche. Es war daher ein dringendes Erfordernis dem Erblasser die Gelegenheit zu nehmen, seinen Gläubigern die Geltendmachung ihrer Forderungen auf beliebige Zeit hinaus erschweren zu können [6]).

Auch geht es nicht an, aus diesem singulären Falle einen allgemeinen Schluss auf die Wirkungen des dies a quo machen zu wollen.

Am zweckmässigsten und am besten begründet erscheint uns die Auffassung von Scheurl [7]). Nach ihm übt diese Befristung auf die Existenz des Rechtsverhältnisses keine Wirkung aus, wenn mit der Existenz desselben der wahre Endzweck des Rechtsgeschäfts noch nicht erreicht ist. In diesem Falle wird durch die Zeitbestimmung nur die Wirkung des Rechtsverhältnisses hinsichtlich der Erreichung des Endzwecks, nicht das Rechtsverhältnis selbst als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes hinausgeschoben.

Wo aber der Endzweck des Rechtsgeschäfts in der Begründung des Rechtsverhältnisses unmittelbar sein Ende findet muss der durch die Beifügung der Zeitbestimmung zum Ausdruck gebrachte Aufschubswille auf die Entstehung des Rechtsverhältnisses bezogen werden, und die Existenz desselben mit seiner Wirkung als aufgeschoben gelten. Infolgedessen gelangen also obligatorische Rechtsgeschäfte sowie Vermächtnisse trotz der Befristung sofort zur Entstehung.

Denn in beiden Fällen geht der Endzweck des Rechtsgeschäfts nicht auf blosse Begründung des Rechtsverhältnisses, sondern auf die Bewirkung der Leistung. Wenn ich jemandem am 1. Januar 1000 zu zahlen verspreche, so ist mit dem blossen Dasein des Rechtsverhältnisses der Endzweck der Obligation nicht erreicht, sondern nur das Mittel zur Erreichung seiner Befriedigung gegeben. Beim Vermächtnisse dient dem Legatar die letztwillige Verfügung nur als Mittel zur Erreichung des Vermächtnisses.

---

[6]) Mühlenbruch in Glück Bd. XL S. 188—191.
[7]) Vgl. Scheurl a. a. O. § 8 S. 30.

Anders dagegen verhält es sich bei den Eigentumübertragenden oder Servituten bestellenden Rechtsgeschäften. Hier findet eine solche Trennung wie bei den obligatorischen Rechtsgeschäften nicht statt, sondern Dasein und Endzweck des Rechtsverhältnisses fallen zusammen.

Eine Ausnahme bildet nur das Pfandrecht, denn die Begründung eines Pfandrechts bildet auch nur, wie die obligatorischen Rechtsgeschäfte ein Mittel zum Zweck. Es dient nur dazu, ausser dem Forderungsrecht dem Gläubiger noch ein Sicherungsmittel zum Zwecke seiner künftigen Befriedigung an die Hand zu geben, daher ist durch die aufschiebende Zeitbestimmung nicht das Pfandrecht selbst, sondern nur die Berechtigung, dasselbe geltend zu machen, bis zum Eintritt des dies aufgeschoben.

b) Beim obligatorischen Rechtsgeschäft.

§ 3.

Das Resultat unserer bisherigen Betrachtung müssen wir noch mit den Quellen in Einklang zu bringen suchen, und zwar werden wir zuerst nachzuweisen haben, dass bei den obligatorischen Rechtsgeschäften Entstehung des Rechts und Fälligkeit desselben auseinander fallen.

Die Ansicht, dass der dies die Entstehung der Obligation nicht aufschiebe, sondern nur ihre Realisierbarkeit, findet in den Quellen an den Stellen, wo von der Wirkung des Anfangstermins die Rede ist, ihre unzweideutige Bestätigung.

l. 213 D. de V. S. 50,16: „cedere diem“ significat in cipere deberi pecuniam „venire diem“ significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies; ubi in diem cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione neque cessit neque venit dies pendente adhuc condicione.

Gerade diese Stelle beleuchtet unverkennbar das Wesen der befristeten Obligation nach beiden Seiten — der Existenz und der Fälligkeit. Aber selbst wenn wir ihre Aussprüche über die gegenwärtige Existenz der befristeten Obligation als entscheidend für unsere Frage noch nicht ansehen wollen, so

geben uns doch eine Reihe anderer Quellenzeugnisse dieselbe klare und sichere Antwort: So § 2 I. de V. O. 3,15. l. 46 pr. D. de V. O. 45,1. l. 10 D. de V. S. 50,16.

Diese durch die Quellenzeugnisse gestützte Ansicht ist aber durch einige unserm Ergebnis anscheinend widersprechende Stellen, welche für Unger und seine Anhänger genügenden Anlass zur Aufstellung einer entgegengesetzten Ansicht boten, in Zweifel gezogen worden. Besonders wird diese Ansicht gestützt auf l. 41 § 1 D. de V. O. 45,1.

Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi certus locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus effecit, ne praesenti die pecunia debetur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse non pro stipulatore.

Diese Stelle besagt zunächst, dass sobald kein dies vorhanden, sogleich geschuldet wird. Hieraus aber indirekt den Schluss ziehen zu wollen, dass beim dies adiectus eine obligatio praesens nicht vorliege, halten wir für einen Fehlschluss. Denn wäre diese Folgerung richtig, so würde Ulpian mit dieser Stelle weiter nichts gesagt haben als die triviale Wahrheit: Mit einer Obligation ohne Befristung entsteht eine Obligation. In Wahrheit aber hat Ulpian mit den Worten praesenti die pecunia debetur das Moment der sofortigen Fälligkeit bei unbefristeten Obligationen hervorheben wollen, um im folgenden auf die Ausnahme von diesem Prinzip infolge der Natur der Leistung hinzuweisen. Wenn aber die Gegner unserer Auffassung in dem folgenden Satze eine direkte Bestätigung ihrer Ansicht sehen, so kann auch dies nicht zugegeben werden. Denn mit dem Satze dies effecit, ne praesenti die pecunia debetur hat Ulpian nur dasselbe wie unser B. G. B. im § 271 Abs. 2 zum Ausdruck gebracht, d. h. also der Schuldner braucht nicht vor Eintritt des dies zu leisten, aber er kann es vorher [1]), und zwar mit Verzugswirkung für den Gläubiger thun. Diese Worte im Sinne der anderen Auffassung

[1]) Doch kann es durch besonderen Vertrag oder die Natur der Obligation ausgeschlossen sein.

verwerten, heisst sie aus ihrem Zusammenhange reissen, denn in Verbindung mit dem folgenden ergiebt sich leicht die Unhaltbarkeit dieser Auslegung, wenn man die Stellen in diesem Sinne übersetzt. [2])

Man würde zu der Konsequenz gelangen, obwohl noch keine Schuld existiert, so leuchtet es doch ein, dass der Schuldner zahlen darf, „und weil der Gläubiger noch nicht Gläubiger ist, muss er Zahlung annehmen". Diese Stelle hat also für die Ungersche Theorie nicht die geringste Beweiskraft und steht durchaus nicht mit den zum Beweise unserer Ansicht angeführten Quellenstellen in Widerspruch, ja sie bietet sogar richtig aufgefasst noch einen weiteren Beleg für unsere Ansicht. Denn das Wort debere ist hier im Sinne von „leisten müssen" zu verstehen. Non praesenti die debetur heisst nicht: Es wird noch nicht geschuldet, sondern es braucht noch nicht gezahlt zu werden [3]).

Dieser Unterschied aber bildet das entscheidende Merkmal bei befristeten obligatorischen Geschäften. Eine andere Stelle, die zur Begründung der gegnerischen Ansicht herangezogen wird, ist die l. 44 § 1 de obl. et act. 44,7.

Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio aut confertur in diem; ex die veluti: „Kalendis Martiis dare spondes?" cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. Die Worte ex die incipit obligatio benutzen die Anhänger der Ungerschen Theorie als Beweismittel dafür, dass die Existenz des Rechts bis zum Eintritt des dies aufgeschoben sei.

Dem Worte nach scheint allerdings bei oberflächlicher Betrachtung diese Stelle gegen die von uns verteidigte Ansicht zu sprechen, doch auch hier würde eine solche Auffassung gegen den Sinn der Stelle verstossen. Denn zweifellos hat der Jurist mit diesen Worten nur den Anfangstermin in Gegensatz zum Endtermin setzen wollen. Ebensowenig wie er mit den

---

[2]) Vgl. Enneccerus Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin § 35 Seite 315.

[3]) Enneccerus a. a. O.

Worten confertur in diem die Wirkung des Endtermins gekennzeichnet hat, kommt den Worten ex die incipit obligatio eine solche Bedeutung zu. Erst nach der Unterscheidung zwischen aufschiebender und auflösender Befristung geht der Jurist im Folgenden auf die Wirkung des Anfangstermins ein in cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur [4]).

Den Ausdruck ex die incipit obligatio für einen ganz genauen [5]) halten zu wollen, ist unzulässig. Wie will man denn den Widerspruch erklären, wenn derselbe Jurist an einer andern Stelle klar und deutlich ausspricht in l. 46 pr. D. V.S. 45,1: Centesimis kalendis dare utiliter stipulamur quia praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio?

Mit Recht führt man für die ungenaue Ausdrucksweise des Paulus den Umstand an, dass die Römer das Recht selbst in dem Momente der Realisierungsfähigkeit völlig aufgehen liessen, so dass im Sprachgebrauch des gemeinen Lebens eine Gleichsetzung des debere einer Leistung mit der Möglichkeit, dieselbe geltend zu machen, nicht ungewöhnlich erscheint [6]).

Vor allem aber lassen sich die praktischen Konsequenzen der Ungerschen Ansicht durchaus nicht mit den Quellen vereinen.

So sagen die Quellen ausdrücklich, dass ein Schuldner einer betagten Verbindlichkeit, wenn er das Geld aus Irrtum vor Eintritt bezahlt hat, es nicht zurückfordern kann. So l. 10 D. de cond. ind. 12,6. Wäre aber noch kein Recht vorhanden, so ist nicht einzusehen, warum der Schuldner nicht zurückfordern dürfe, denn der Einwand, es stehe der condictio eine exceptio doli nach dem Satze dolo facit, qui petit quod redditurus est, entgegen, kann nicht verfangen, da ja die obige Stelle eine condictio für unzulässig erklärt.

Es giebt in den Quellen noch eine Anzahl von Stellen, die durch ihre praktischen Konsequenzen die Ungersche

---

[4]) Vgl. Enneccerus a. a. O. S. 316.

[5]) So Unger II § 83 N. 6, a. M. Mühlenbruch in Glück Bd. 41 S. 54 N. 2: Es muss dabei hinzugedacht werden dandi.

[6]) Vgl. Siméon: Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäftes. Diss. S. 20.

Ansicht widerlegen und einen deutlichen Beweis für die von uns entwickelte Ansicht bieten [7]).

Wir sehen also, dass die Auffassung, es sei bei den obligatorischen Rechtsgeschäften, das Recht vor dem dies schon existent, und nur die Geltendmachung, der Eintritt der Fälligkeit sei hinausgeschoben, der Anschauung der römischen Juristen durchaus entspricht.

c) Bei dinglichen Rechten.

§ 4.

Aus dem Vorhergehenden ergab sich, dass die Befristung obligatorischer Rechtsgeschäfte übergeht in die Lehre von der Fälligkeit der Obligation. Wir müssen nun, um den Begriff der Fälligkeit genau abzugrenzen, untersuchen, ob dies auch bei der aufschiebenden Befristung dinglicher Rechte der Fall ist. Wir müssen daher jetzt auf die Wirkung einer solchen Zeitbestimmung bei dinglichen Rechten näher eingehen. Hinsichtlich der befristeten Eigentumsverhältnisse geht die Meinung aller modernen Vertreter [1]) des gemeinen Rechts dahin, dass bei diesen der Erwerb des Rechts erst mit dem Eintritt des dies geschieht. Der Veräusserer behält das Eigentumsrecht, nur dass vom Beginn des dies cedens an, eine Gebundenheit der Sache stattfindet [2]). In den Quellen finden wir aber nur wenig Stellen, die vom befristeten Eigentumsübergang handeln, da „der römischen Jurisprudenz der Begriff befristeter Veräusserung unter Lebenden wenig geläufig gewesen ist“ [3]). Einen andern Anhalt aber findet die obige Ansicht in l. 9 § 2 D. usus fr. quem adem 7,9.

Bei der Frage nach der Wirkung der aufschiebenden Befristung für die Servitutenbestellung ist zunächst festzustellen,

---

[7]) Man vergleiche: l. 12 D. de accept 46,4, l. 1 § 4 D. quando . . . cedat 7,3 l. 36 D. de solut 46,3 l. 16 D. § 5 de fidej 46,1.

[1]) Vgl. auch Fritz zu Wenning-Ingenheim, Kap. 6 S. 197 „Der richtige Satz unter 3 geht nur von den Obligationen, nicht auch von andern betagten Rechten. a. M. Savigny a. a. O. III 126 u. Puchta Vorl. über d. heut. röm. R. § 62.

[2]) So Unger II § 83 N. 7.

[3]) So Scheurl § 14 S. 52, Regelsberger I § 158 Anm. 5.

dass die alten civilen Begründungsarten, die mancipatio und die in iure cessio hierfür nicht in Betracht kommen können [4]), sondern nur diejenigen Bestellungsformen, denen jedes formelle Hindernis fehlt. Dieses sind ausser den letztwilligen Bestellungsformen, die pactiones atques stipulationes.

Die Wirkung der Befristung bei einer letztwilligen Bestellung einer Personalservitut lassen die Quellen unzweideutig erkennen. Aus l. 1 § 3 D. quando dies usus fr. 7,3 geht hervor, dass beim betagten Niessbrauch das Recht erst mit dem Eintritt des dies zur Entstehung kommt.

Ueber die Wirkung eines unter einem dies aquo bestellten Niessbrauchs unter Lebenden ist in den Quellen nichts bestimmt. Dennoch wird auch für diesen Niessbrauch der Ausspruch Ulpians als ausschlaggebend angesehen werden: l. 1 § 2 D. qu. usus fruct. leg. 7,3, tunc enim constituitur usus fructus cum quis frui potest.

Für die Bedeutung einer Befristung bei einer Realservitut haben wir auch keinen direkten Anhaltspunkt in den Quellen [5]). Auch hier müssen wir wie beim Niessbrauch die Wirkung der Zeitbestimmung bei der durch Legat bestellten Realservitut verallgemeinern, denn in l. 3 D. de Servitute legata 33,9 ist zum Ausdruck gebracht, dass das durch Legat bestellte Recht nicht vor dem Eintritt des dies zur Entstehung kommt. Es erscheint uns nicht begreiflich, warum man für die befristete Bestellung einer Realservitut unter Lebenden eine andere Konstruktion annehmen und so die befristete Realservitut anders wie den Niessbrauch behandeln will. Das Prinzip, das beiden Fällen zu grunde liegt, ist dasselbe.

---

[4]) Mit dem formellen Akte dieser Scheingeschäfte, bei denen „Festigkeit und Gewissheit des Willens erfordert wurde“ war eine Aufschiebung der Fristung unvereinbar. Vgl. Schrader civ. Abhdl. 1816 S. 327 nur für die deductio usus fructus oder usus ist die Befristung gestattet. So Fragm. Vatic. § 50.

[5]) Auf die l. 4 pr. D. de Serv. 8,1 gehen wir nicht ein, da es sich für uns nur um die Feststellung der Wirkung bei einer rechtsgiltigen Befristung handelt.

Auch bei den Servituten wird also der Zeitpunkt der Entstehung des Rechts nicht von dem Zeitpunkt seiner Realisierbarkeit getrennt.

Was von den Servituten und dem Eigentum gilt, das wird umsomehr von den Nutzungsrechten höchster Potenz der Emphyteuse und Superficies gelten müssen.

Als letztes dingliches Recht haben wir noch die befristete Bestellung eines Pfandrechts zu erwähnen. Es ist bereits im Früheren darauf hingewiesen worden, dass für das Pfandrecht eine andere Konstruktion wie für die übrigen dinglichen Rechte am Richtigsten erscheint [6]). Denn während der Inhalt der übrigen dinglichen Rechte ein zeitliches Moment völlig ausschliesst, besteht das Wesen des Pfandrechts darin, dass es erst von einem zukünftigen Zeitpunkt dem Pfandberechtigten die Befugnis giebt, sich aus dem Pfandobjekt in Höhe seiner Forderung zu befriedigen. Dieses zeitliche Moment bildet einen nahen Berührungspunkt des Pfandrechts mit den obligatorischen Rechten und lässt es deren Schicksale teilen. Denn wie bei diesen ist es mit der Natur des Pfandrechts sehr wohl zu vereinen, jenen Zeitpunkt, von dem an der Pfandgläubiger seine Befriedigung aus dem Gegenstande nehmen darf, auf einen bestimmten Anfangstermin festzusetzen. Wie bei den persönlichen Rechten geht aber auch beim Pfandrecht die Wirkung der Beifügung eines dies dahin, dass das Recht sofort mit dem Pfandvertrag existent wird und nur seine Realisierbarkeit hinausgeschoben ist. Nimmt man für die Stellung der Pfandrechte zu einander die Entstehung derselben als massgebend an, so haben wir für unsere Auffassung ein unwiderlegbares Quellenzeugnis in der l. 12 § 2 D. qui potiores 20,4.

Unzweifelhaft kann dem Anfangstermin aber auch die Bedeutung zukommen, dass das Pfandrecht erst mit dem Eintritt desselben zur Entstehung kommt. Aber eine solche Wirkung kann nur angenommen werden, wenn sie den Intentionen der Parteien entspricht, wenn ihr Wille auf eine erst zukünftige

---

[6]) A. M. Siméon S. 108 ff.

Verpfändung ging. Denn dawegen des bestehenden Verfügungsrechts des Verpfänders die Verpfändung ihren Sicherungswert verliert, so wird eine solche Wirkung nur da anzunehmen sein, wo dem Pfandnehmer an einer gegenwärtigen Sicherung wenig gelegen sein kann. Dies war z. B. in Rom bei dem Pfandvertrage, den der Verpächter beim Abschluss des Pachtvertrages mit dem Pächter abschloss, der Fall. Hier sollte und brauchte das Pfandrecht erst zu entstehen, wenn der Kolone das Grundstück bezog: vgl. l. 11 § 2 D. qui potiores 20,4.

Allein wenn wir auch im Vorhergehenden die Wirkung des dies beim Pfandrecht in der sofortigen Entstehung eines noch nicht exequierbaren Pfandrechts bestehen liessen, so kann doch auch hier, wie bei den andern dinglichen Rechten, von dem Begriff der Fälligkeit, wie wir ihn aus den Schuldverhältnissen abstrahiert haben, keine Rede sein, denn dort haben wir gesehen, dass den Inhalt dieses Begriffes das Fälligwerden einer Leistung ausmacht. Das Pfandrecht aber ist und bleibt trotz der obigen Konstruktion ein dingliches Recht, dessen Inhalt niemals in einer Leistung bestehen kann, sondern dessen nahe Verwandtschaft mit dem Eigentum noch fortdauert. „Was macht es für einen Unterschied, fragt Ihering, ob ich dem A sage; Du sollst unter den und den Voraussetzungen mein Eigentum auf einen andern übertragen, oder Du sollst es selbst haben?“ [7]). An diesen Eigentümlichkeiten des Pfandrechts ändert sich aber durchaus nichts, wenn zu der dinglich geschützten Verkaufsbefugnis ein dies hinzugefügt wird.

Ueberblicken wir alles, was wir von der Befristung dinglicher Rechte gesagt haben, so finden wir, dass auf dieses Gebiet der Begriff der Fälligkeit keine Anwendung findet. Es würde auch mit der Natur der dinglichen Rechte im Widerspruch gestanden haben, wenn wir bei einer Befristung derselben zu einem gleichen Resultat wie bei den persönlichen Rechten gelangt wären. Denn der obligatorische Vertrag enthält notwendig ein zeitliches Moment und wenn die Obligation auch auf sofortige Erfüllung gerichtet ist, so wird doch, da

---

[7]) Ihering in Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 533.

dieselbe immer nur auf eine künftige Handlung gerichtet sein kann, eine sei es auch noch so kleine Zeitspanne zwischen ihrer Entstehung und dem Augenblick, wo sie fällig wird, liegen. Ganz anders verhält es sich mit den dinglichen Rechten. Das dingliche Recht lässt eine solche Trennung nicht zu. Denn seiner Existenz ist die Befugnis zur Ausübung eines Herrschaftsrechts — sei es in allen oder in gewissen Beziehungen — immanent. Die Annahme eines dinglichen Rechts, ohne dass dem Berechtigten ein Herrschaftsrecht über eine Sache zusteht, würde den Begriff des dinglichen Rechts vernichten. Von einer Fälligkeit dinglicher Rechte kann daher nicht gesprochen werden.

b) Im bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 5.

Während der Entwurf 1 zum B. G. B. im § 141 einen Anfangstermin, von dem die Wirkung und einen andern, von dem die Geltendmachung des Rechts abhängig gemacht ist, unterschied, hat das B. G. B. selbst eine scheinbar einheitliche Regelung für die Befristung eines Rechtsgeschäfts durch einen Anfangstermin gegeben. Denn es lässt nach § 163 die Regel über die aufschiebende Bedingung Anwendung finden, soweit sie in den §§ 158, 160, 161 enthalten sind. Hiernach würde bei allen aufschiebend befristeten Verträgen die Wirkung erst mit dem angegebenen Termin eintreten, das Recht also erst mit dem Eintritt des dies zur Enstehung kommen.

Wie in so vielen Fällen hat aber auch hier das B. G. B. die gemeinrechtliche Streitfrage nicht entschieden und die Austragung dieser Kontroverse der Wissenschaft überlassen. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass, das B. G. B. trotz der Vorschrift des § 163 die unter einer aufschiebenden Zeitbestimmung geschlossenen obligatorischen Verträge Wirkungen äussern lässt, wie sie nur einem bereits existenten Rechte zukommen können. Denn abgesehen davon, dass eine solche Forderung veräussert und vererbt werden kann, kann sie auch sogleich wirksam gezahlt und erlassen werden.

Man wird daher entgegen der Vorschrift des § 163 auch nach dem B. G. B. in gewissen Fällen bei den befristeten Rechtsgeschäften zu der Annahme eines vor Eintritt des Zeitpunkts bereits gegenwärtigen Rechts berechtigt sein.

Gegen diese Auffassung hat sich am schärfsten Leonhard ausgesprochen. „Die vorläufige Wirkung, die dem erst später fälligen Recht schon früher eine gewisse Bedeutung verschafft, beruht nicht auf Parteiwillen, auch nicht auf Gesetzesvorschrift", sagt Leonhard „sondern lediglich auf einer Art von Naturnotwendigkeit, nämlich auf dem Triebe der Menschen, spätere Erfolge, die in sicherer Aussicht stehen, schon im Voraus bei ihren Zukunftsplänen in Betracht zu ziehen und ihnen dadurch einen gegenwärtigen Wert zu verleihen (repraesentatio). Auch das später ausübbare Recht ist schon jetzt eine Handelsware. Man denke nur an das Diskontieren eines später fälligen Wechsels. Dieser Umstand greift bei allen mit einer Zeitbestimmung versehenen Rechten Platz. Diese vorläufige Wirkung lässt sich also garnicht hinausschieben. Eine Parteiabrede, die so etwas bestimmen wollte, würde keinen praktischen Wert haben. Der Glaube an ihre Möglichkeit entstammt sicherlich der Studierstube, nicht der Beobachtung des Rechtslebens.

Diese Argumentation Leonhards will uns als eine Verkennung der Kontroverse erscheinen, denn das Vorhandensein einer vorläufigen Wirkung wird auch von denen, die der Befristung des bürgerlichen Rechts eine doppelte Bedeutung beilegen, auch im Falle der erst künftigen Entstehung des Rechts nicht geleugnet. Sind doch vorläufige Wirkungen auch schon bei der Bedingung vorhanden. Nicht also darum, ob die vorläufige Wirkung des befristeten Rechtsgeschäfts hinausschiebbar sei oder nicht, dreht sich die Streitfrage, sondern ob die Wirkung des befristeten Rechtsgeschäfts in dem sofortigen Existentwerden des Rechts und der Verbindlichkeit, deren Fälligkeit nur hinausgeschoben ist, besteht. Diese Frage aber ist nur von der Studierstube aus auf Grund des Gesetzes zu lösen.

Unserer Auffassung entspricht durchaus der von Rehbein für das B. G. B. verteidigte Standpunkt. Rehbein [1]) macht einen Unterschied zwischen befristeten und betagten Rechtsgeschäften. Bei ersteren handelt es sich um eine Zeitbestimmung, bei denen die Wurzel des Rechts, bei letzteren um eine solche, welche die Fälligkeit betrifft. Nach seiner Auffassung handelt der § 163 B. G. B. nur von der Befristung, während von Betagung dann die Rede ist, wenn das B. G. B. selbst diesen Ausdruck gebraucht, wie in § 813 B. G. B. Abs. 2, oder die Wirkungen einer Zeitbestimmung eintreten lässt gemäss § 271 Abs. 2.

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann.

Hiernach lässt Rehbein den § 163 nur Anwendung finden für die Eigentum und andere dingliche Rechte begründenden Rechtsgeschäfte, während bei den rein obligatorischen Geschäften die Befristung regelmässig in einer Hinausschiebung der Fälligkeit besteht. Allein auch Rehbein erkennt an, dass ein wahrer Termin im Sinne des § 163 auch bei Obligationen vorkommen kann. [2]) Der § 813 Abs. 2 B. G. B. aber hat nur Bedeutung für betagte Obligationen. Wenn auch die Motive [3]) ausdrücklich erklären: Hinsichtlich des Sprachgebrauchs ist zu bemerken, dass der Ausdruck „betagt“ für beide Fälle sowohl, wenn die Geltendmachung, als wenn die Entstehung des Rechts hinausgeschoben wird, gebraucht ist, so scheint uns der Sprachgebrauch des B. G. B. doch hiermit nicht übereinzustimmen, denn das B. G. B. spricht dort, wo

---

[1]) Rehbein, Allgemeiner Teil B. G. B. § 163.

[2]) Ebenso Crome S. 449, Hölder S. 346 zu § 163, Endemann Bd. 1 S. 335 Anm. 5, Goldmann und Lilienthal S. 196, Scherer zu § 163 Anm. 1 S. 344, Enneccerus-Lehmann § 105 S. 237, Kuhlenbeck S. 380, Gareis zu § 163 Anm. 1, a. M. ausser Leonhard, Matthiass S. 266, Hellmann S. 169, Cosack S. 194, ebenso Staudinger zu § 163 S. 401 a. M., auch Eck Vortr. S. 176, Dernburg bürgerl. R. Bd. 1 S. 463.

[3]) Motive S. 269.

es sich um eine Gleichsetzung von bedingten und mit einem Anfangstermin versehenen Verbindlichkeiten handelt, nicht von betagten, sondern unter absichtlicher Vermeidung dieses Ausdrucks von künftigen Verbindlichkeiten. So heisst im § 765 B. G. B. Abs 2:

Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder bedingte Verbindlichkeit übernommen werden.

Infolge ihrer streng accessorischen Natur würde eine Bürgschaft nur für betagte Verbindlichkeiten, d. h. für bereits existente übernommen werden können. Um aber dies auch für den Fall, dass die Existenz des Rechts erst mit dem Eintritt des dies zur Entstehung gelangt, thun zu können, bedurfte es einer ausdrücklichen Bestimmung.

Aus dieser Bestimmung ergiebt sich mit ziemlicher Deutlichkeit, dass das B. G. B. für die Schuldverhältnisse Befristung und Betagung in dem oben ausgeführten Sinne unterscheidet.

Eine offenbare Bestätigung unserer Ansicht bietet der § 1087 B. G. B., wo audrücklich die Entstehung der Forderung der Fälligkeit gegenübergestellt ist.

Mithin findet folgerichtig § 813 Abs. 2 B. G. B. nur Anwendung bei solchen Rechtsgeschäften, bei denen nur die Geltendmachung des Rechts hinausgeschoben ist. [4])

Es wäre jetzt noch die Frage zu beantworten, wann bei einem mit einem Anfangstermin versehenen Rechtsgeschäfte Befristung, bezw. Betagung als vorliegend zu erachten ist. Eine Beantwortung dieser Frage finden wir nur bei Planck[5]). Wenn aber Planck behauptet, es sei als eine Frage der Auslegung zu betrachten, ob die Parteien diese oder eine andere Absicht gehabt haben, so ist diese Auffassung als irrtümlich zurückzuweisen. Denn es giebt Rechtsverhältnisse, bei denen es garnicht in der Macht der Parteien liegt, durch die Hinzu-

---

[4]) Mit Recht nennt daher Endemann (S. 333 ff) § 813 einen eclatanten Widerspruch gegen die Vergleichung mit der Bedingung, wie sie in § 163 geschieht.

[5]) Planck Bd. 1 zu § 163 Anm. 1.

fügung eines Anfangstermins die Wirkung des Rechtsgeschäfts zu bestimmen. So wird es im Resultat stets dasselbe bleiben, ob man sagt: „Am ersten Januar nächsten Jahres werde ich 1000 schulden, oder zahlen“ [6]). In dem einen wie in dem andern Fall wird man das Recht als bereits existent annehmen müssen, dagegen wird bei einem Mietsvertrage, durch welchen eine Wohnung auf den ersten April des nächsten Jahres gemietet wird, die rechtliche Wirkung d. h. das Recht des Mieters auf Ueberlassung der Wohnung erst mit dem 1. April des nächsten Jahres entstehen.

Keineswegs darf man nun die eine oder die andere Wirkung als auf der Absicht der Parteien beruhend in dem Vertrag hinein zu interpretieren suchen. Denn „solche Feinheiten der juristischen Konstruktion sind regelmässig weder Gegenstand des Bewustseins, noch des Willens der Parteien“ [7]). Man wird vielmehr die Wirkung des Anfangstermins nach der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses zu bestimmen haben. Hierbei aber wird man sich unseres Erachtens auch für das Bürgerliche Recht der von Scheurl für das gemeine Recht aufgestellten und von uns im Früheren bereits näher ausgeführten Zweckttheorie als eines geeigneten Hilfsmittels zur Bestimmung der Wirkung des Anfangstermins bedienen können.

II. Kapitel.

Verhältnis der Fälligkeit zur Entstehung des Anspruchs.

I. Im gemeinen Recht:

a. Der Anspruchsbegriff Windscheids.

§ 6.

In dem Vorangegangenen hatten wir festgestellt, dass die Forderungsrechte, deren Objekt der Wille des Verpfichteten ist, von ihrem Inhalt, d. h. der Verwirklichung der Leistung getrennt werden können, ohne das dadurch der Boden ihrer Existenz vernichtet wird; während die dinglichen Rechte,

---

[6]) Vgl. Crome S. 449 Anm. 8.

[7]) Enneccerus Rechtsgeschäft Bd. 1, S. 20.

deren Objekt die Sache bildet, nicht gut zur Entstehung kommen können, wenn dem Rechte alle Beziehungen zu seinem Objekte noch fehlen.

So scheint dem Begriff der Fälligkeit eine allgemeine Bedeutung nicht zuzukommen und nur im Bereich der Schuldverhältnisse sein Anwendungsgebiet zu liegen.

Nichtsdestoweniger aber war in dem Entwurf 1 des B. G. B. im allgemeinen Teil eine Definition der Fälligkeit gegeben. Das weist uns darauf hin, das unsere bisherigen Untersuchungen noch einer Erweiterung bedürfen.

Wir hatten die Fälligkeit bisher nur in Beziehung zum subjektiven Recht betrachtet, wir müssen jetzt noch ihr Verhältnis zur Entstehung des Anspruchs darzulegen versuchen.

Die Hauptfrage, die wir demnach zu entscheiden haben, ist also: Fällt die Entstehung des Anspruchs und der Eintritt der Fälligkeit zusammen oder nicht, mit andern Worten: Kann von fälligen und nichtfälligen Ansprüchen geredet werden und lässt sich insbesondere das, was wir bei den dinglichen Rechten verneinen mussten, von den dinglichen Ansprüchen behaupten?

Dies führt uns zu einer Untersuchung des Anspruchsbegriffs. Der Anspruch soll nach Windscheid [1]) den Begriff der actio ersetzen, der ein für unsere Auffassung fremdes Element, das des gerichtlichen Schutzes in sich enthält. Für uns ist die gerichtliche Verfolgbarkeit nicht eine Seite, sondern die Konsequenz eines Rechts. „Das, was nun von der prozessualischen Verfolgbarkeit der actio übrig bleibt, wenn man das specifische Moment des Prozesses abzieht, ist die persönliche Richtung des Rechts [2]).

Danach bestimmt sich der Anspruch dadurch, dass er das subjektive Recht, gleichviel ob es ein dingliches oder persönliches, ein absolutes oder relatives sei, in seiner Richtung auf die Unterwerfung fremden Willens begrifflich zusammenfasst [3]).

---

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp S. 162.
[2]) Windscheid-Kipp S. 163 Anm. 5.
[3]) Windscheid-Kipp S. 155.

„Anspruch ist das Recht, von einem Andern etwas zu verlangen".

Aber Windscheids Konstruktion des Anspruchs ist zu weit, als dass sie einen praktisch brauchbaren Begriff abgeben könnte. Der Anspruch im Sinne Windscheids ist dazu in ein viel zu nahes verwandtschaftliches Verhältnis mit der actio gebracht worden [4]). Der Anspruch ist nicht das Recht selbst. Das zeigt sich bei den dinglichen Rechten, wo mit der Statuierung eines Anspruchsbegriffes gegen Jedermann ein Begriff ohne selbstständige Bedeutung aufgestellt wird, der nur ein anderer Name für das dingliche Recht ist [5]).

b) Die Modifikation dieses Anspruchsbegriffs.

§ 7.

Mit der Verwerfung einer solchen Tautologie würde sich die Definition des Anspruchs dahin wandeln: Anspruch ist das Recht, von einem bestimmten Andern ein Thun oder Lassen zu verlangen. Diese Bestimmung des Anspruchs hat

---

[4]) So auch Fischer in Becker und Fischer Erläuterungen z. Entw. d. B. G. B. Heft 6.

[5]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 156 Anm. 3. Gegen den Anspruchsbegriff gegen Jedermann haben sich insbesondere ausgesprochen: Kunze, die Obligationen im heutigen und römischen Recht S. 76, Brinz, Bd. 5 § 79, Fischer a. a. O., Dernburg, Pand. Bd. 1, § 39 Aem. 9, Regelsberger, Pand. 1 § 52, Ihering, Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 392, Kohler, Recht und Prozess in Grünhuts Zeitschr. 14 S. 9 ff. Hiernach steht der Eigentümer der geringfügigsten Sache in einem Rechtsverhältnisse zu allen Menschen, also auch zum Neger am Stanlaypole, oder zum Neoforezen an der Gealvinksbay. Jedes neu entstehende Eigentum durchbebt die ganze Menschheit mit seinem Schauer, und ein jedes neu gegrabenes Erzstück, jeder neu gefangene Fisch bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht, wenigstens soweit als Menschen wohnen. Denn alle diese können einmal in die Lage kommen, das Eigentum zu verletzen: gegen alle diese muss also der Eigentümer gefeit sein.

Für den Anspruch gegen Jedermann: Oertmann Jahrb. f. Dogm. Bd. 31 S. 456 ff. und auch Leonhard, der sich in der Ztsch. f. Civilprozesse Bd. 15 S. 334 dagegen, in seinem neuesten Werk der allg. Teil d. B. G. B. für ihn ausgesprochen hat.

auch in der That Beifall gefunden [1]). Betrachten wir daher zu welchem Ergebnis wir mit dieser Theorie gelangen.

Was das individualisierende Moment der Ansprüche betrifft, so wird ihnen nicht durch ihren Inhalt, sondern durch ihren Rechtsgrund eine typische Prägung verliehen. Untersuchen wir aber die Beziehung des Anspruchs zu seinem Rechtsgrunde, so ergiebt sich die Thatsache, das einmal zwar der Anspruch sich erst aus der Verletzung des absoluten Rechts ergiebt, das andere Mal jedoch das relative Recht selbst ist, das schon von Haus aus einen andern zu einem bestimmten Thun oder Lassen verpflichtet.

Lässt sich demnach, wenn der persönliche Anspruch mit der Forderung identisch ist, nicht gegen ihn derselbe Vorwurf erheben, den wir gegen den dinglichen Anspruch gegen jedermann richteten, dass er nur eine nichtsagende Bezeichnung für das Recht selbst wäre? Gegen diesen Vorwurf kann freilich mit Recht eingewendet werden, das die Bezeichnung der Forderung als eines Anspruchs zwar dem Begriff des Forderungsrechtes keine besondere Ausprägung verleihe, aber um deswillen bedeutsam sei, weil dadurch passend die Beziehungen die zwischen der Obligation und dem verletzten dinglichen Rechte vorhanden seien, mit einem Begriffe gedeckt würden. Das Ergebnis dieser Auffassung ist naturgemäss, dass man was die persönlichen Ansprüche anbetrifft, ebenso gut von Fälligkeit, resp. Nichtfälligkeit der Ansprüche sprechen kann, wie bei den Forderungen. [2])

Aber auch bei dieser Auffassung ist es nicht möglich, den Begriff der Fälligkeit auf dingliche Ansprüche auszudehnen, denn der Anspruch aus absoluten Rechten ist von vornherein ein präsenter, da er auf Grund des Widerspruchs zwischen dem thatsächlichen Zustande und dem dinglichen Rechte entstanden, auf die Beseitigung dieses Widerspruchs geht.

---

[1]) Leonhard Ztsch. f. Civ. Proz. Bd. 15 S. 332 ff. will den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse mit den Ansprüchen überhaupt zusammen behandeln.

[2]) So Kipp S. 158 Anm. 6a.

Der soeben dargestellten Theorie können wir jedoch nicht beipflichten. Immerhin lässt es sich nicht leugnen, dass dabei mit zwei identischen Begriffen operiert wird, was leicht Anlass zur Verwirrung geben kann. Ausserdem aber ist die ganze Konstruktion eine völlig ungleiche. Der Anspruch steht in keiner einheitlichen Beziehung zum subjektiven Recht, wenn er sich einesteils erst aus ihm entwickelt, andernteils schon das subjektive Recht selbst ist. Man wird nicht behaupten können, dass bei einer solchen Auffassung des Anspruchs ein klares und anschauliches Bild geschaffen wäre. Dies ist aber um so wichtiger, als wir uns auf dem Gebiete elementarer Grundbegriffe befinden. Alle diese Mängel nun, die wir betrachten, ergeben sich daraus, dass man unnötigerweise immer noch zu sehr an der Windscheidschen Anspruchskonstruktion festgehalten hat, trotzdem man an den Ansprüchen gegen Jedermann ihre Unhaltbarkeit erkennen konnte.

Will man zu einem wirklich brauchbaren und klarem Ergebnis kommen, so muss man, was Windscheid unterlässt, auch völlig mit dem veralteten Gedanken hinsichtlich der römischen actio brechen, wir müssen daran festhalten, dass die actio für uns nur die Konsequenz des Rechts bedeutet, und wenn wir das Element des gerichtlichen Schutzes entfernen, wenn wir das Recht nicht mehr vom Standpunkt der prozessualischen Geltendmachung, sondern allgemein als das sich einem fremden Willen gegenüber durchsetzende Recht betrachten, so werden wir auch den Anspruch nicht als Seite, sondern als Konsequenz des subjektiven Rechts ansehen, den Anspruch als die Kraftäusserung des Rechts bezeichnen „mit welcher es in die Sphäre realer Zwecke hinübertritt, gleich der Strahlenkraft der Sonne, welche auf die Atmosphäre treffend, Licht und Wärme hervorbringt".[3])

Hölder (im Arch. f. in. Prax. Bd. 93) widerspricht neuerdings der scharfen Trennung, des dem Privatrecht angehörenden Anspruchs und des, dem Prozessrecht angehörenden Klagerechtes. Er erklärt den Anspruch mit Rücksicht auf seine

[3]) Kunze a. a. O. S. 73.

zwangsweise Realisierung durch die Staatsorgane als das Recht einem anderen gegenüber ein Tun oder Unterlassen zu verlangen; denn meint er — „von einem anderen verlange ich (nur), was ich verlange als etwas, das ich von ihm bekomme". (Seite 9 a. a. O). Hierin liegt u. E. ein logischer Fehler. Für die Frage, von wem ich etwas verlange, kommt nicht in Betracht, von wem ich das Verlangte bekomme. Auch verlange ich durch die Klage nicht etwas vom Richter, sondern principiell vom Beklagten; vom Richter verlange ich nur die ausserhalb des materiellen Rechtes liegende Unterstützung in der vom Anspruch selbst zu unterscheidenden Realisierung meines Anspruchs gegen den widerstrebenden Beklagten.[4])

Unter Anspruch hat man also die praesente Befugnis zu verstehen von einem Andern ein Thun oder Lassen zu verlangen.[5]) Der persönliche Anspruch unterscheidet sich von der Obligation gerade durch das, was von der Obligation getrennt werden kann, ohne ihre Existenz in Frage zu ziehen, — durch die rechtliche Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Er entsteht immer erst dann, wenn die Forderung fällig ist. Von fälligen und nichtfälligen Ansprüchen in unserm Sinne zu reden geht nicht an.

II. Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Die Ansicht von der Identität der Forderung und des Anspruchs.

§ 8.

Wir kommen jetzt zu der Erörterung darüber, wie sich das B. G. B. zu den oben von uns berührten Fragen verhält. Hier herrscht derselbe Streit über den Anspruchsbegriff wie im jüngsten gemeinen Recht. Und dabei wird denen, die Forderung und persönlichen Anspruch identifizieren [1]), dadurch ein wichtiger Anhaltspunkt gegeben, dass im Gesetz die An-

---

[4]) In demselben Sinne wie Hölder auch Eck Vort. S. 203, Dernburg Lhb. des bürgerlichen Rechts Bd. I. S. 107.

[5]) So auch Kohler a. a. O. S. 9 ff., Regelsberger Bd. 1 § 52.

[1]) Kipp a. a. O. S. 195, Hellwig Anspruch und Klagerecht S. 7, Planck Bd. 1 S. 48, Eck Vortr. S. 204, Rehbein Komm. z. B. G. B. S. 301.

spruchsdefinition Windscheids Aufnahme gefunden hat und das Forderungsrecht gemäss § 241 B. G. B. auf dieselbe Weise konstruiert zu sein scheint.

Anspruch im Sinne des § 194 B. G. B. ist das Recht, von einem Andern ein Thun oder Lassen zu verlangen. Man geht nun zunächst davon aus, dass das B. G. B. zwar die Klagbarkeit der Ansprüche voraussetzt, aber doch auch Ansprüche als existent betrachtet, die nicht mit Erfolg eingeklagt werden können, weil ihnen eine Einrede entgegensteht. Wie es daher gemäss den §§ 813 und 271 Abs. 2 B. G. B. betagte Verbindlichkeiten gebe, so müssten bei der übereinstimmenden Definition des Forderungsrechtes und Anspruchs auch betagte Ansprüche ebenso wie Forderungen, die vor ihrer Fälligkeit existieren, anerkannt werden, zumal § 273 B. G. B. hervortreten lasse, dass es auch nichtfällige Ansprüche gebe.

b) Die Widerlegung dieser Ansicht.

§ 9.

Will man nun einer dieser entgegengesetzten Auffassungen Ausdruck geben und darlegen, dass sich dieselbe Konstruktion, die wir für das gemeine Recht als die zweckmässigste und brauchbarste hingestellt haben, auch dem B. G. B. entspreche, so darf man freilich nicht so verfahren, wie Enneccerus, der anerkennt, dass der Forderungsanspruch in der Regel schon mit der Entstehung des Forderungsrechtes vorhanden sei, aber eine Abweichung beider Begriffe und demnach die Erweiterung des Anspruchs zu einem praesenten Begehrendürfen, aus den befristeten Forderungen zu erweisen sucht. Er sagt: „Die befristete Forderung ist nach § 194 B. G. B. noch kein Anspruch, denn nach der Ausdrucksweise des B. G. B., die selbstverständlich für die Auslegung des § 194 B. G. B. entscheidet, ist die befristete Forderung noch kein Recht. Praktisch aber wird die befristete Forderung als schon existierendes Recht auf Leistung an dem Termine behandelt, sie muss also, da die praktische Behandlung entscheidend ist, auch als schon existierendes Recht betrachtet werden. Demgemäss bedarf

die Begriffsbestimmung des Anspruchs der Einschränkung auf Rechte auf alsbaldiges Thun oder Unterlassen."

Wenn aber wirklich die Grundvoraussetzung von Enneccerus einzig die ist, dass der Anspruch als ein Recht definiert sei, die befristete Forderung aber nach der Ausdrucksweise des B. G. B. kein Recht sei, so ist nicht einzusehen, warum das Forderungsrecht wie er später ausführt, aus praktischen Rücksichten als existent betrachtet werden muss, dasselbe aber für den Anspruch nicht gelten soll. Wir sehen also, dass die Ausführungen von Enneccerus keine Beweiskraft besitzen, im Gegenteil die Grundfrage unerörtert lassen. Es muss daher versucht werden, unsere Auffassung auf andere Weise aus dem B. G. B. heraus zu begründen.

Wir gehen aus von dem § 198 B. G. B, der die Verjährung von der Entstehung des Anspruchs beginnen lässt. Auf § 198 B. G. B. nimmt jetzt auch Hölder (a. a. O. S. 42) Bezug: „Für den Anspruch des B. G. B. ist aber durch die Bestimmung des § 198, dass die Verjährung mit seiner Entstehung beginnt, gegeben, dass er nicht entstanden ist vor der Fälligkeit der Leistung, vor der die Verjährung nicht beginnt". Es liegt auf der Hand, dass es der ratio legis widerspräche, im Falle der Annahme von betagten Ansprüchen die Verjährung schon vor dem Eintritt des dies laufen zu lassen. Es müsste sich demnach eine Vorschrift finden lassen, die den Lauf der Verjährung hemmt.

Nun bestimmt zwar der § 202, dass die Verjährung gehemmt ist, so lange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem andern Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Damit kann aber unser in Frage stehender Fall nicht gemeint sein.

Im § 202 ist der Fall der Stundung und ihm verwandter Fälle (§ 986 B. G. B.) ins Auge gefasst. Das Hauptgewicht liegt hier darauf, dass der Verpflichtete vorübergehend zur Leistungsverweigerung berechtigt ist. Im § 271 B. G. B. aber, wo der Begriff der Fälligkeit definiert ist, ist der Hauptaccent darauf gerichtet, dass der Gläubiger die Leistung vorher zu verlangen nicht berechtigt ist.

Auf die Unterscheidung von Nichtfälligkeit und Stundung ist deshalb Gewicht zu legen, weil nach unserer Ansicht die Stundung gemäss dem Wortlaut des § 202 B. G. B. sich ausdrücklich als Einrede charakterisiert, freilich wollen einige dies nicht gelten lassen. [1])

Aber wenn im § 202 durch die Worte die Verjährung ist so lange gehemmt, so lange der Verpflichtete vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, nach dem Zugeständnis aller auf die Hemmung der Verjährung durch dilatorische Einreden hingewiesen werden soll, so lässt sich für die Stundung auch nichts anderes annehmen, sobald man den § 202 B. G. B. genau ins Auge fasst.

In dem oben angeführten Satze des § 202 B. G. B. sind nämlich noch die Worte enthalten: „Aus einem andern Grunde". Damit ist nur eine Beziehung zu der kurz vorher angeführten Stundung zum Ausdruck gebracht. Der § 202 kann seinem genauen Wortlaute entsprechend also nur den Sinn haben: Die Verjährung ist gehemmt, so lange die Leistung gestundet oder der Verpfichtete aus einem andern Grunde als dem der Stundung vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist.

Entscheidet man anders, so hält man sich nicht an die Fassung des Gesetzes. Hält man aber die Stundung für eine Einrede[2]), ein Gegenrecht, das den Wirkungen eines andern Rechts hemmend gegenübertritt, so kann man dasselbe im Falle der Betagung nicht behaupten. Denn durch die Betagung wird kein Mittel gegeben, gegen eine Wirkung anzustreben, sondern die Betagung besteht gerade darin, dass noch keine Wirkung des Rechts vorhanden sein soll. Es wäre auch höchst sonderbar, wenn die Parteien im Vertrage erst

---

[1]) Friedenthal Einwendung und Einrede in der C. P. O. und im B. G. B. S. 42 ff., Matthiass a. a. O. S. 281 u. A., Rehbein a. a. O. S. 307.

[2]) Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 202, Hellmann Vort. über B. G. B. S. 204, Neumann I zu 202 N. 1, Hellwig a. a. O., Kipp S. 49.

eine Wirkung eintreten liessen und zugleich ein Mittel zu ihrer Aufhebung festsetzen würden, anstatt gleich übereinzukommen, dass eine Wirkung vorläufig nicht in die Erscheinung treten solle.

Wir haben demnach die beiden Begriffe Stundung und Nichtfälligkeit scharf zu trennen. Stundung ist nicht anzunehmen, wenn nachträglich von den Parteien der Vertrag dahin abgeändert wird, dass die Darlehnszeit von 3 auf 5 Jahre zu verlängern ist. Eine Stundung liegt immer erst vor, wenn ein vollwirksames Recht da ist, wenn der Gläubiger verspricht, die Leistung trotz ihrer fortdauernden Fälligkeit nicht einzuklagen. [3])

Es ist, was auch das Gesetz im Auge hat, eben etwas ganz anderes, wenn der Gläubiger von vornherein nicht berechtigt ist, zu fordern, als wenn er dem Schuldner verspricht von seiner Berechtigung keinen Gebrauch machen zu wollen. Damit glauben wir gezeigt zu haben, dass man auf die betagten Ansprüche den § 202 nicht anwenden darf.

Hieraus aber geht hervor, dass wenn wir auch Forderungen als vor dem dies existent ansehen können, wir dies bei den Ansprüchen deshalb nicht thun können, weil wir uns sonst der Anwendung des § 198 B. G. B. berauben würden.

Wollte man aber trotz der von uns geäusserten Bedenken den § 202 auch für den Fall der Nichtfälligkeit anwenden, um den Wirkungen des § 198 B. G. B., der die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs laufen lässt, vorzubeugen, so kommt man zu einem u. E. eigentümlichen Ergebnis.

Denn es müsste der § 199, der trotz Nichtfälligkeit des Anspruchs die Verjährung sofort von dem Augenblick der Zu-

---

[3]) Vgl. zu diesen Beispielen Hellwig a. a. O. Freilich kann in einer Stundung auch Verzicht auf die Fälligkeit liegen. Aber mit Recht bemerkt Crome (System Bd. II. S. 114), dass das im Zweifel nicht anzunehmen sein wird. U. E. wäre es passend, den Begriff der Stundung auf diesen seltenen Fall überhaupt nicht auszudehnen und zwar mit Rücksicht auf § 202 B. G. B.

lässigkeit der Kündigung laufen lässt, als eine Ausnahme des § 202 erscheinen. Dies ist aber bei der Stellung der beiden Paragraphen im Gesetzbuch nicht gut möglich; vielmehr stellt sich der § 199 als eine Ausnahme des § 188 dar, indem hier die Verjährung des Anspruchs schon vor der Entstehung des Anspruchs beginnt und die alte Regel zum Ausdruck gebracht ist: totiens praescribitur actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris.

Trotzdem sich also infolge der ungenauen Begriffsbestimmung des B. G. B. vieles für die betagten Ansprüche anführen lässt, werden wir aus den genannten Gründen diese Ansprüche verwerfen und uns dafür entscheiden, dass der Anspruch als ein praesentes Begehrendürfen aufzufassen und mit Enneccerus zu definieren ist, als das Recht von einem Andern alsbald ein Thun oder Unterlassen zu verlangen. Ausserdem aber gilt es zu beachten, dass wir damit allein zu einem wirklich brauchbaren Ergebnis und anschaulichen Begriffen gelangen, wenn wir den Anspruch in einheitlicher Weise als das persönliche Entwickelungsergebnis [4]) der subjektiven Rechte auffassen. Dieser Meinung haben sich denn auch in der That die meisten neueren Rechtslehrer für das B. G. B. angeschlossen. [5])

Was nun das Verhältnis des persönlichen Anspruchs zu dem Forderungsrecht betrifft, so werden wir noch einmal hervorheben müssen, dass der Anspruch in der Regel zwar zugleich mit ihm entsteht, falls aber ein dies hinzugefügt ist, erst mit dem dies zur Existenz gelangt, d. h. also Eintritt der Fälligkeit und Entstehung des Anspruchs fallen zusammen.

---

[4]) Crome Bd. 1 S. 180.

[5]) Crome a. a. O., Matthiass Bd. 1 S. 55, Hoelder § 194, Enneccerus a. a. O., Schollmeyer (Komm. zum B. G. B. Schuldverh.) S. 2 bekundet, diese Ansicht dadurch, dass er von dem Schuldverhältnisse sagt, es kann bestehen, bevor noch ein Anspruch da sei. Hoelder im Arch. f. civil. Prax. Bd. 93 S. 42, Staudinger zu § 194 (S. 461).

III. Kapitel.

Begriffsbestimmung der Fälligkeit.

I. Die Bedeutung der Fälligkeit für das Forderungsrecht des Gläubigers.

§ 10.

Unsere bisherigen Betrachtungen hatten den Zweck, nachdem wir zuvor auseinandergesetzt hatten, was im allgemeinen unter Fälligkeit zu verstehen sei, zu zeigen, was fällig ist, in welcher Beziehung die Fälligkeit zur Entstehung des subjektiven Rechtes, sei es des in der Ruhelage befindlichen oder in Aktivität gesetzten (Anspruchs) steht. Daraus mussten sich wichtige Aufschlüsse über den Begriff der Fälligkeit ergeben. So kamen wir zu dem Resultat, dass nur bei Forderungen von Fälligkeit die Rede sein kann. Dies führt uns naturgemäss zu einer speciellen Bestimmung der Fälligkeit.

Bei den Obligationen allein kann die Geltendmachung, die volle Verwirklichung des Rechts von seiner Entstehung getrennt werden und somit besonders Beachtung finden. Was aber bei einer Obligation zu ihrer vollen Realisierung hinzukommen muss, was zuvor noch nicht vorhanden war und sich jetzt vollziehen muss, ist die auf Grund der Obligation geschuldete Leistung. Darum ist es eigentlich genauer und richtiger, von Fälligkeit der Leistung zu sprechen.

Die Leistung nun muss erfolgen kraft des dem Gläubiger zustehenden Rechts. Jedoch dieses Recht kann, wie wir schon so häufig betonten, existent, aber noch nicht wirksam sein; vollwirksam ist es nur dann, wenn ihm keine Schranke entgegensteht, wenn der Gläubiger von seinem Rechte sofort Gebrauch machen kann. Fällig ist daher eine Leistung, wenn der Gläubiger sie sofort verlangen kann. [1])

---

[1]) Ebenso Dernburg Pand. S. 96: Fällig ist die Forderung von der Zeit an, von welcher die Leistung beansprucht werden kann.

II. Die Bedeutung der Fälligkeit für die Leistungspflicht des Schuldners.

§ 11.

Allein wir müssen untersuchen, ob dieses Moment genügt, ob nicht noch andere wesentliche Faktoren in die Begriffsbestimmungen aufgenommen werden müssen. Bei einem Schuldverhältnisse ist der Gläubiger nicht der einzige Beteiligte, auch die Stellung des Schuldners zum Eintritt der Fälligkeit muss festgestellt werden. Hier erhebt sich die Frage: Ist mit dem Momente der Fälligkeit der Schuldner auch zur sofortigen Leistung verpflichtet, so dass das Unterlassen derselben ein Unrecht wäre?

Dieser Gedanke spielt bei der Rechtsverletzungstheorie eine grosse Rolle.

Wenn Savigny [1]) in seiner Argumentation zur Begründung dieser Theorie auch für die Forderungsrechte immer von einer Erwartung des Gläubigers spricht, dass die Leistung erfolge, so ist er offenbar von dem Gedanken geleitet, dass bei Begründung einer sofort wirksamen, d. h. fälligen Obligation auch der Schuldner zur augenblicklichen Leistung verpflichtet sei. Die Unrichtigkeit dieser Savignyschen Praemisse sucht von Vangerow aus den Quellen zu erweisen. [2]) Letzteren sucht wiederum Demelius [3]) eingehend zu widerlegen.

Insofern nun Demelius die von Vangerow cit. 1. 5 D. R. C. 12. 1 [4]) als nicht beweiskräftig verwirft, ist ihm beizustimmen. Denn trotz Annahme einer sofortigen Leistungspflicht zwingt nichts zu der Auffassung, dass schon in dem Abschluss der obligatio eine iusta causa der mora solvendi liege. Wenn der Schuldner zu einem ultro offere verpflichtet

---

[1]) Savigny System des heutigen römischen R. Bd. 5. S. 285, 287.

[2]) Vgl. Vangerow Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 33 S. 298.

[3]) Vgl. Demelius Untersuchungen aus dem röm. Civilrecht 1. Bd. S. 150 ff.

[4]) Si aliqua justa causa sit, propter quam intellegere deberes tedare oportere.

wäre, meint Vangerow, so würde eine Mahnung unnötig sein; gerade diese aber habe Pomponius in der cit. l. im Auge.

Doch abgesehen davon, dass es höchst zweifelhaft ist, ob Pomponius unter der iusta causa eine Interpellation versteht, beruht die Argumentation Vangerows, wie Demelius für diesen Fall mit Recht hervorhebt, auf einer Verwechselung der einfachen nicht rechtzeitigen Erfüllung und der durch eine culpa begründeten mora.

Auch die l. 48 D. de V. O. 45. 1, wo von einer Stipulation mit der Nebenbestimmung cum petiero die Rede ist, ist auszuscheiden, weil Ulpian sich weniger über die rechtliche Natur dieser Nebenbestimmung als über die Thatsache ausspricht, dass keine Bedingung hinzugefügt wäre, mithin durch den Tod des Gläubigers, der nicht gefordert habe, keine Bedingung ausfalle.

Allein Demelius sucht zwar, die Darlegung Vangerows zu widerlegen, führt aber bezüglich der für uns in Betracht kommenden Punkte keine neuen Beweise an, und dabei gelingt es ihm unseres Erachtens auch nicht, uns von der Unhaltbarkeit der Vangerowschen Ausführung zu überzeugen.

An mehreren Stellen des Corpus iuris wird die Wirkung einer vollgiltigen Obligation dahin abgestellt, dass der Gläubiger alsbald fordern kann. So in § 2. I. de V. O. IV 15 und l. 213 D. de V. S. 50,16.

Diese Quellenzeugnisse will Demelius beseitigen, indem er dem darin enthaltenen Ausdruck petere hier die Bedeutung des Klagens beilegt. Allein hier soll weiter nichts gesagt werden, als dass die Verpflichtung zur Leistung schon von vornherein da sei, ein Recht aber, als baldige Erfüllung zu fordern, davon abhänge, ob der dies veniens eingetreten sei oder nicht. Das Moment des Klagerechts kann an dieser Stelle garnicht in den Vordergrund treten sollen, wo dem incipit debere des Schuldners nur das entsprechende Verhältnis des Gläubigers, das anfänglich fehlende und erst später eintretende peti posse (fordern können) gegenübergestellt werden soll. Wir haben es hier mit derselben Gegenüberstellung zu thun, wie in l. 46 D. 45,1.

So werden wir also petere in den cit. Stellen, wie es uns in der Formel cum petiero entgegentritt, gerade vom aussergerichtlichen Fordern zu verstehen haben. Freilich giebt es nun Stellen, aus denen hervorzugehen scheint [5]), dass der Schuldner doch zur augenblicklichen Leistung verpflichtet ist, indem wir hier dem Ausdruck praesenti die debetur begegnen.

Allein Vangerow hat ganz Recht, wenn er behauptet, dass dies lediglich ein anderer Ausdruck für den Gedanken sei, dass der Gläubiger hier alsbald fordern könne. Denn wenn man nicht durch den Sinn einer Stelle genötigt ist, dem Worte debere diese Bedeutung unterzulegen, — an sich sagt das Wort debere nichts aus und erregt zum Mindesten Zweifel. Auch das besagt nichts, dass dieses debere sofort eintritt. Denn incipit deberi gilt ja auch von betagten Obligationen und in der l. 46 D. cit. ist ausdrücklich trotz der Betagung von einer praesens obligatio die Rede. Wir sehen also, dass die Bedeutung des Wortes praesenti die debetur durch die angeführten Stellen abgeschwächt ist, und dass bei diesen gerade auf das Vorhandensein resp. Fehlen eines praesenten Forderungsrechtes Wert gelegt ist. Darum kann man auch nicht, wie Demelius meint, gerade das Umgekehrte als Vangerow mit demselben Rechte behaupten. Auch ist sonst nicht, selbst wo es nahe liegt, die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung hervorgehoben. In den beiden Definitionen: „creditores“ eos accipere debemus qui aliquam actionem habent und „debitor intelligatur is, a quo invito exigi pecunia potest“, ist derselbe Gedanke zweimal ausgesprochen. Mit Bezug auf den Gläubiger, wie mit Bezug auf den Schuldner ist gesagt, dass die Obligation das Recht gewähre, die Schuld unabhängig vom Willen des Verpflichteten einzutreiben.

Gerade auch in der zweiten Definition, wo nur die Rolle des Schuldners in Betracht kommen konnte, liegt der Nachdruck auf dem einen auch vielleicht klageweis geltend zu machenden Forderungsrechte des Gläubigers, von einer sofortigen Leistungspflicht des Schuldners ist nicht die Rede.

---

[5]) l. 41 § 1 D. 45,1, l. 44 D. de R.I. 50,17 u. A.

Damit glauben wir zur Genüge dargethan zu haben, dass mit dem Eintritt der Fälligkeit der Schuldner nicht zur alsbaldigen Leistung verpflichtet ist, in dem Sinne, dass er ultro offerre muss und nicht rechtzeitig leistet, wenn er vor der Aufforderung des Gläubigers die Leistung unterlässt. [6]. [7])

Eine Ausnahme von dieser Regel ergiebt sich in der gemeinrechtlichen Praxis für den Fall der durch Betagung hinausgeschobenen Fälligkeit. Hier muss der Schuldner mit dem Eintritt des dies veniens freiwillig anbieten, wofern er nicht in Verzug kommen will. Diese Ausnahme kann jedoch nicht als Merkmal der Fälligkeit im allgemeinen, sondern nur der durch Betagung hinausgeschobenen Fälligkeit für die Begriffsbestimmung wesentlich sein.

III. Die Bedeutung der Fälligkeit für die Erfüllbarkeit der Obligation.

§ 12.

Bisher war bloss von einer Leistungsverpflichtung des Schuldners die Rede, der Schuldner hat aber auch ein gewisses Recht dazu, die Leistung zu bewirken; denn er muss sich von seiner Verpflichtung befreien können. Man spricht hier von einer Erfüllbarkeit der Obligation. In welcher Beziehung steht nun diese Erfüllbarkeit der Obligation zum Eintritt der Fälligkeit?

Sicherlich kann der Schuldner bei einer fälligen Obligation die Leistung sofort anbieten und von dem Gläubiger die Annahme der Leistung verlangen, denn dem Schuldner liegt nur ob, das Forderungsrecht des Gläubigers zu befriedigen. Für

---

[6]) Im Einzelnen wird natürlich häufig sich ein abweichendes Resultat aus den Parteivereinbarungen ergeben.

[7]) Windscheid a. a. O. S. 70: „Ist das Forderungsrecht zeitlich unbestimmt, so ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung zu bewirken, sobald der Gläubiger sie fordert". Dernburg a. a. O. S. 98: „Die Absicht bei Setzung von Zeitbestimmungen kann entweder sein, dass der Gläubiger das Geschuldete von der Fälligkeit an fordern darf, oder dass der Schuldner dasselbe am Fälligkeitstermine anbieten muss. Das erstere gilt im allgemeinen als Regel.

die Befriedigung dieses Forderungsrechtes ist es aber völlig gleichgiltig, ob der Gläubiger den Schuldner zur Leistung aufgefordert hat oder nicht. Auch das kann nicht in Betracht kommen, dass es dem Gläubiger nicht angenehm ist, die Leistung zu empfangen, es sei denn, dass das Unpassende der Zeit dem Schuldner bekannt sein muss. Die Hauptsache ist, dass ein Forderungsrecht da ist, dessen Befriedigung sofort verlangt werden kann. Wird darauf hin die Leistung alsbald von dem Schuldner bewirkt, so ist diesem Recht Genüge geschehen, mehr braucht der Schuldner nicht zu leisten; er kann demnach sich für jeden Fall durch Erfüllung resp. Erfüllungssurrogate befreien.

Danach aber hängt die Erfüllbarkeit der Obligation nicht ausschliesslich von der Fälligkeit ab. Das zeigt sich bei der hinausgeschobenen Fälligkeit, die uns stets am reinsten die Begriffsmerkmale vergegenwärtigt. Hier bestimmen nun die Quellen, wie das B. G. B. § 271, Abs 2, dass der hinzugefügte dies im Zweifel zu gunsten des Schuldners gelten solle, dass es also dem Schuldner vorbehalten sei, schon vor Eintritt der Fälligkeit zu leisten. Als Regel ist also die Möglichkeit einer Erfüllung vor Eintritt des dies hingestellt.

Dennoch aber kann der dies auch im Interesse des Gläubigers hinzugefügt werden, wie beim Depositum, Mandat etc. Es wird daher nicht in allen Fällen vor Eintritt des dies geleistet werden können, mit dem Eintritt der Fälligkeit aber kann die Leistung für jeden Fall selbst wider den Willen des Gläubigers erfolgen.

Deshalb halten wir es für erforderlich, dass auch dieses Moment in die Begriffsbestimmung der Fälligkeit mit aufgenommen wird. Wir werden also die Begriffsbestimmung der Fälligkeit dahin zu formulieren haben.

Fällig ist eine Leistung, wenn sie der Gläubiger verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken kann. [1])

---

[1]) In demselben Sinne spricht sich in unzweideutiger Weise der § 271 B. G. B. aus. So auch Molitor: Les obligations S. 404: Le temps du paiement est celui où le débiteur peut valablement faire le paiement, ou des offres de paiement, où le créancier est en droit d'intenter son action.

II. Teil.

Die Wirkungen der Fälligkeit.

Einleitung.

§ 13.

Ein Weg zur Darstellung der Wirkungen der Fälligkeit lässt sich auf leichte Weise finden, wenn man sich noch einmal ihren Begriff vergegenwärtigt. Sehen wir dabei mehr auf den Begriff im allgemeinen, so wird sich ein Hinweis auf Wirkungen der Fälligkeit insofern für uns ergeben, als es naturgemäss erscheinen muss, dass mit dem Zeitpunkt jederzeitiger alsbaldiger Realisierbarkeit weitere Eigenschaften sich von selbst anschliessen, die einen solchen Zustand der Obligation zur Voraussetzung haben.

Was den Begriff der Fälligkeit noch in seinen einzelnen Teilen betrifft, so werden wir zweckmässig auf unsere vorausgegangenen Betrachtungen zurückblicken müssen. Wir hatten gezeigt, dass der Eintritt der Fälligkeit für den Gläubiger die Entstehung des Rechtes bedeutet, die geschuldete Leistung alsbald fordern zu können. Für den Schuldner begründet die Fälligkeit einmal die ausnahmslose Berechtigung, die Leistung wirksam zu vollziehen und sodann die Verpflichtung, entweder auf Aufforderung des Gläubigers zu leisten oder bei Hinzufügung eines dies je nach Lage des Falles freiwillig anzubieten. Ersteres kann für die Wirkungen der Fälligkeit kaum in Betracht kommen, obwohl wir es für wert erachtet haben, es in die Begriffsbestimmung aufzunehmen. Denn macht der Schuldner von dieser Berechtigung Gebrauch, so können sich beachtenswerte Folgen höchstens daraus ergeben, dass der Gläubiger die Annahme verweigert. Diese Folgen aber entstammen nicht dem specifischen Moment der Fälligkeit, sondern dem rechtswidrigen Verhalten des Gläubigers. Und macht der Schuldner von seiner Berechtigung keinen Gebrauch, so hat das darum nichts auf sich, weil er ja dazu nicht verpflichtet ist, sich also

daran keine rechtlichen Folgen knüpfen können.[1]) Demnach braucht nur das durch die Fälligkeit gegebene Forderungsrecht des Gläubigers und die eingetretene Verpflichtung des Schuldners zur Leistung in Erwägung gezogen zu werden; bei letzterem auch nur dann, wenn seine Leistungspflicht keine vorhergehende Handlung des Gläubigers erfordert, also hauptsächlich bei betagten Obligationen. Es liegt nun in der Natur dieser durch die Fälligkeit bestimmten Aufgaben des Gläubigers und Schuldners, dass wenn sie erfüllt werden, sie auch zu existieren aufhören und damit bedeutungslos werden. Wirkungen können sie nur für den Fall äussern, dass sie nicht oder nicht gehörig erledigt werden. Damit ergiebt sich eine Teilung unseres Stoffes von selbst. Wir werden erst die Wirkungen betrachten können, die sich ipso iure an den Eintritt der Fälligkeit anschliessen, sodann diejenigen Wirkungen, welche das Ausbleiben der fälligen Leistung einesteils für den Schuldner, andernteils für den Gläubiger erzeugt.

I. Kapitel.

Wirkungen, die sich an die Fälligkeit unmittelbar anschliessen.

I. Entstehung des Klagerechts.

§ 14.

Mit dem Moment der Fälligkeit tritt das existente Recht aus seinem Stadium der Unthätigkeit in ein Stadium der Aktivität, der Fähigkeit, sich allseitig geltend zu machen. Den energischsten Ausdruck dieser Fähigkeit findet das Recht

---

[1]) Ausserdem ist noch zu beachten, dass die Erfüllbarkeit der Obligation zwar mit dem Moment der Fälligkeit stets vorhanden sein muss, aber doch die Fälligkeit in der Regel nicht zur Voraussetzung hat (dies adiectur pro reo est); würde die Erfüllbarkeit erst mit der Fälligkeit eintreten, so müssten wir auch dem Gläubigerverzug unser Interesse zuwenden, zumal dieser, wie Kohler in seinen 12 Studien zum B. G. B. zeigt, für das gemeine Recht u. d. B. G. B. ein Verschulden nicht erfordert. So aber kommt der Fälligkeit als eigenem generellen Entstehungsgrunde des Gläubigerverzuges keine Bedeutung zu.

in der Entstehung der Klagemöglichkeit. Der Eintritt der Fälligkeit hat also die unmittelbare Wirkung, dass der Gläubiger von nun an sein Recht auf gerichtlichem Wege geltend machen kann. Freilich ist das nicht so aufzufassen, wie wenn das Element der Klage als ein völlig neues zu dem Rechte selbst hinzutreten würde. „Die Kraft zum Kampfe, die Gewissheit des Sieges trägt von Anfang an das Recht in sich, sonst wäre es keins".[1]) Wenn aber auch die ungehemmte Verwirklichung seines Inhalts das Recht selbst, sein Wesen, seine Wahrheit ist[2]), das Klagerecht deckt sich mit diesem Begriffe doch nicht.

Der Keim zu seiner Entstehung liegt zwar schon von vornherein im Rechte selbst, von einem wirklichen Klagerecht aber kann erst die Rede sein, wenn dieser Keim zu neuem selbstständigen Leben sich entwickelt hat, wenn neben dem Rechte als ein neu hinzutretendes Moment das Klagerecht geboren, actio nata ist.

Also nicht die Aussicht auf Kampf, sondern eine Waffe ist das Klagerecht, die jederzeit gegen den Feind erhoben werden kann. Dieses Klagerecht verbindet sich naturgemäss auch nur mit dem zur Geltendmachung reifen Rechte. Wollte der Gläubiger vor Fälligkeit klagen, so würde er mehr verlangen, als wozu der Schuldner verpflichtet wäre, er würde sich einer plus petitio temporis schuldig machen.[3])

Nichtsdestoweniger giebt es einige Fälle, wo von Gesetzeswegen die Klage bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Forderung erhoben werden darf.[4]) Allein diese Fälle bilden ebenso eine Ausnahme von der Regel, wie diejenigen Forderungen,

---

[1]) Demelius a. a. O. S. 133.

[2]) In diesem Sinne Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 S. 74.

[3]) Darüber muss das Gericht gemäss § 331 C. P. O. nach eigener Prüfung ohne Vorbringung von seiten des Beklagten entscheiden, im Gegensatz zu dem Fall der Stundung, welche, wie oben gezeigt, nur einredeweis berücksichtigt zu werden braucht.

[4]) Vgl. C. P. O. §§ 257-259.

bei denen ungeachtet des Eintritts der Fälligkeit eine Klage noch nicht erhoben werden kann. [5])

An die Entstehung des Klagerechts knüpfen sich nun für die Betrachtung des römischen Rechts noch weitere Fragen an. Für uns ist der Gesichtspunkt, dass mit dem Eintritt der Fälligkeit die Möglichkeit der Klageerhebung gegeben ist, mehr in den Hintergrund getreten, da im B. G. B. der Begriff der actio durch den allgemeinen und umfassenden Begriff des Anspruchs ersetzt ist. Dieser Anspruch ist keine besondere Wirkung der Fälligkeit, sondern es ist das fällige Forderungsrecht selbst. Forderungsanspruch und fällige Forderung sind, wie wir oben dargelegt haben, identisch.

II. Kompensation und Retention und andere unmittelbare Wirkungen der Fälligkeit.

§ 15.

Haben wir soeben gesehen, dass mit Eintritt der Fälligkeit das Klage- resp. Anspruchsrecht, d. h. die Möglichkeit der Verfolgung eines Rechtes entsteht, so giebt andererseits die Fälligkeit demjenigen, gegen welchen sich die Wirkung eines Rechtes richtet, Mittel an die Hand, für seinen Teil der gegen ihn gekehrten Rechtswirkung entgegenzutreten. Solche Mittel, die mit der Fälligkeit ipso iure zur Entstehung kommen, sind die Kompensation und Retention.

Solange eine Obligation noch nicht fällig ist, kann sie noch nicht zur Kompensation gebraucht werden. Denn der Schuldner, dem gegenüber der Gläubiger eine bereits fällige Forderung hat, kann vor Eintritt der Fälligkeit von diesem die geschuldete Leistung noch nicht verlangen, während dem Gläubiger das Recht zusteht, seine Forderung sofort einzutreiben. Erst die Fälligkeit macht die Forderung kompensationsfähig. Und das

---

[5]) So hat der Erbe entsprechend dem dreissigsten des deutschen Rechts nach B. G. B. § 2014 das Recht, die Berichtigung von Nachlassschulden bis zum Ablauf von 3 Monaten nach Eintritt der Erbschaft zu verweigern.

kann folgerichtig auch nicht anders sein. Denn indem man sich des Mittels der Kompensation bedient, verfolgt man sein eigenes Recht. Diese Möglichkeit der Geltendmachung eines Rechtes aber ist, wie wir oben sahen, erst mit der Fälligkeit gegeben. Die Erfüllbarkeit einer Obligation ist schon vor dem dies vorhanden; daher ist die Kompensation gegen eine noch nicht fällige Forderung möglich, während mit einer betagten Forderung nicht aufgerechnet werden kann, da der dies ja im Zweifel als zu gunsten des Schuldners zugefügt gilt.

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dare oporteat.

Auch das B. G. B. hat im § 387 anerkannt, dass jeder Teil aufrechnen kann, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Ist dagegen die Betagung ausschliesslich zu gunsten des Gläubigers geschehen, so liegt es ja in der Hand desselben, die Fälligkeit zu bestimmen. Er kann von vornherein sein Recht geltend machen; daher ist seine Forderung auch von Anfang an kompensationsfähig. Nicht statthaft aber ist es in diesem Falle, gegen eine solche Forderung aufzurechnen.[1]) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass mit einer betagten Forderung nicht aufgerechnet werden kann, findet im Konkurse statt.

Schon die Römer liessen im Konkurse die betagten Forderungen unter Abzug des Interusuriums als fällig gelten und machten sie dadurch aufrechnungsfähig.[2]) Hierin lag eine Vergünstigung für den Schuldner, da durch die Kompensationsmöglichkeit sein Verlust gemindert wurde. Man gab dem Schuldner das Recht, einen Zusatz in die Formel zu beantragen, durch welchen der Richter zur Aufrechnung des Gegenspruchs bei der Kondemnation angewiesen wurde.[3])

In der Zulassung der Kompensation betagter Verbindlichkeiten sind die modernen Konkursgesetzgebungen dem römischen

---

[1]) In einem besonderen Falle verlangt das B. G. B. ausdrücklich auch Fälligkeit der Gegenforderung zur Kompensation aus leicht verständlicher ratio heraus. Dies ist der Fall des § 770 Abs. 2 B. G. B.

[2]) Vgl. Caius Bd. 4 § 67.

[3]) Vgl. Caius 4 § 65.

Rechte gefolgt. So ist auch nach der K. O. §§ 53-56 eine betagte Forderung als fällig und kompensationsfähig anzusehen, sogar ohne dass es der Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit bedarf. Ist aber eine Forderung durch den Eintritt der Fälligkeit erst einmal kompensationsfähig geworden, so bleibt sie es, auch wenn die Forderung später gestundet worden ist. Denn hat der Gläubiger aus Mitleid mit dem Schuldner die Klage hinausgeschoben, so soll doch die Befreiung nicht weiter reichen, als das Motiv: Erleichterung von augenblicklicher Bedrängnis.[4]) Anders verhält es sich dagegen, wenn das pactum de non petendo entgeltlich oder zu beiderseitigem Vorteil abgeschlossen wurde.[5]) Hier darf eine Kompensation so wenig erfolgen, wie eine andere Geltendmachung der gestundeten Leistung.

Nach B. G. B. ist aber auch in dem ersten Fall eine Aufrechnung ausgeschlossen, denn nach § 390 B. G. B. kann nicht aufgerechnet werden, wenn der Forderung eine Einrede entgegensteht, mag dieselbe nun peremptorischer oder dilatorischer Natur sein. Das steht in vollem Einklange mit § 387 B. G. B. Denn durch die Stundung kann der Gläubiger die ihm gebührende Leistung nicht wirksam fordern und daher auch nach B. G. B. § 387 nicht kompensieren.

Während nun bei der Kompensation in der Regel nur eine Forderung fällig zu sein braucht, müssen sich bei der Retention 2 fällige Forderungen gegenüberstehen. Hier ist es erforderlich, dass die beiden Forderungen in Konnexität zu einander stehen, d. h. aus demselben rechtlichen Verhältnisse entstammen. Ist dies der Fall, so hat die Fälligkeit beider sich gegenüberstehender Forderungen, die Wirkung, dass trotz der Fälligkeit nichts realisiert wird. Denn dem Schuldner wird kraft seiner fälligen Forderung gegen den Gläubiger das Recht gegeben, der Aufforderung desselben den Gehorsam zu verweigern und so also eine Realisierung des betreffenden Rechtes zu verhindern. Wird dem Schuldner aber durch die

---

[4]) Dernburg. Die Kompensation nach röm. R. 1854 S. 431.
[5]) Dernburg a. a. O.

Fälligkeit die Möglichkeit gegeben, eine Retentionseinrede geltend zu machen, so ist dabei gleichzeitig zu beobachten, dass ihm nicht nur ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, sondern dass ihm gerade dadurch überhaupt erst die Möglichkeit gegeben ist, zu dem seinigen zu kommen, wenigstens was den Fall betrifft, dass der Besitzer einer Sache Aufwendungen auf dieselbe gemacht hat. Den Ersatz dieser Aufwendungen kann er nach römischem Recht nur mittelst einer exceptio doli erhalten. [6])

An die Entstehung eines präsenten Forderungsrechtes knüpfen sich aber abgesehen von den soeben behandelten allgemeinen Wirkungen eine Reihe von Einzelwirkungen, die wir an dieser Stelle anführen möchten.

Da erst die fällige Schuld nach allen Seiten hin wirksam ist, so rechtfertigen sich hieraus die Bestimmungen des B. G. B., wonach im Falle einer Auseinandersetzung unter Gesellschafter Ehegatten und Miterben das zur Erfüllung einer nichtfälligen Verbindlichkeit Erforderliche zurückzubehalten ist (cf. § 733, § 1475 Abs. 1, § 2046 Abs. 1 B. G. B.), wonach ferner derjenige, welcher verpflichtet ist, einen andern von einer Verbindlichkeit zu befreien, bis zur Fälligkeit, statt zu befreien, Sicherheit leisten kann. (Vgl. § 257, § 738, § 775 Abs. 2 B. G. B.) Mit der Möglichkeit sofortiger Realisierung hängt auch die Bestimmung des § 366 B. G. B. zusammen. Danach ist im Falle einer Verpflichtung aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen das ohne nähere Bestimmung vom Schuldner Geleistete zunächst auf die fällige Schuld in Anrechnung zu bringen. Das Gleiche gilt für die Aufrechnung nach § 396 Abs. 1 B. G. B.

Endlich ist auch in der Lehre von den Früchten die Fälligkeit zu beachten. Was für die Sachfrüchte im Sinne des § 101 No. 1 die Trennung bedeutet, ist für alle übrigen Früchte die Fälligkeit. Mit diesem Zeitpunkt endet die Un-

---

[6]) Nach B. G. B. § 1001 hat aber der Berechtigte unter zwei Voraussetzungen eine Verwendungsklage. Einmal wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt oder zweitens die Sache widererlangt hat.

selbständigkeit, wenngleich sich der Zusammenhang mit dem Stamm bezw. Kapital nicht verliert. Hiernach entscheidet sich die Frage, wem im Falle eines Wechsels der Fruchtzugsberechtigten die Früchte gebühren. Das B. G. B. giebt sie prinzipiell dem zur Zeit der Fälligkeit Berechtigten (§ 101 No. 2 B. G. B.), hat allerdings diesen Grundsatz durch starke Ausnahmen fast verlassen.

Während die im voraus getroffene Vereinbarung, dass fällige Zinsen wieder Zinsen bringen sollen, nach § 248 B. G. B. Abs. 1 nichtig ist, können fällige Zinsen wie Kapital zinstragend gemacht werden.

Der Eintritt der Selbständigkeit der Früchte in dem Zeitpunkte der Fälligkeit zeigt sich besonders deutlich im Hypothekenrecht. Die fälligen Miets- oder Pachtzinsen, die das belastete Grundstück bringt, werden bestimmte Zeit nach Fälligkeit von ihrer Haftung frei; erst von der Fälligkeit an unterliegen sie ferner der völlig freien Verfügung des Berechtigten (vgl. § 1123, 1124, vgl. ferner § 1126 B. G. B.). Aehnliche Grundsätze gelten für den Hypothekengläubiger in Ansehung der Zinsen der Hypothekenforderung. (Vgl. § 1158 B. G. B.) Die persönliche Haftung des Eigentümers des belasteten Grundstücks für die einzelnen Reallastleistungen kann naturgemäss erst mit der Fälligkeit eintreten. (Vgl. § 1108 B. G. B.)

II. Kapitel.

Wirkungen, die das Ausbleiben der fälligen Leistung erzeugt.

I. Wirkungen für den Schuldner.

a) Gesetzliche.

a) Die Beziehungen der Fälligkeit zur mora debitoris.

§ 16.

Die folgenschwerste Wirkung, die das Ausbleiben einer fälligen Leistung für den Schuldner hervorbringen kann, ist die mora debitoris. Es fragt sich jedoch, ob wir die mora als eine Wirkung des Ausbleibens der fälligen Leistung an

sich oder nicht vielmehr anderer juristischer Thatsachen anzusehen haben.

Man kann aber wohl als feststehend annehmen, dass zur Begründung des Verzuges bei unbefristeten Verbindlichkeiten Interpellation oder Mahnung notwendig ist. [1]) Insoweit ist es also ausgeschlossen, dass der Verzug als eine besondere Wirkung der Fälligkeit angesehen wird.

Bei befristeten Verbindlichkeiten dagegen ist es eine nicht zu entscheidende Kontroverse des gemeinen Rechts geblieben, ob hier nach Ablauf des Termins eine Mahnung erforderlich sei oder der Satz dies interpellat pro homine Geltung finde.

Die griechische Jurisprudenz sowie die Glossatoren verteidigten den Satz[2]) und die deutsche Praxis hat ihn jederzeit befolgt. Durch Neustetel und Savigny ist dieser Satz aufs Neue Gegenstand lebhaften Streits geworden. Der status controversiae ist heute der, dass man für das römische Recht diesen Satz in seiner Allgemeinheit aufgiebt, jedoch zugesteht, dass es gewisse Fälle giebt, wo durch die besondere Parteiabsicht die mora nach Ablauf des Termins eintrete.[3])

Es ist daher unsere Aufgabe, festzustellen, ob hier bei den betagten Verbindlichkeiten, wo eine Mahnung nicht erforderlich ist, der Verzug durch die blosse Nichterfüllung vom Augenblick der Fälligkeit entsteht. Zu diesem Zweck müssen wir zu der Kontroverse Stellung nehmen, ob die mora debitoris eine culpa auf Seiten des letzteren voraussetzt.

Der Grund dieser an die Quellen anschliessenden Kontroverse liegt in dem Bedeutungswechsel der Ausdrücke per

---

[1]) Ausgenommen diejenigen Fälle, in welchen der Schuldner, um der Mahnung zu entgehen, sich entfernt oder zur Herausgabe einer Sache, die er sich widerrechtlich durch Diebstahl oder Gewalt angeeignet hat, verpflichtet ist. Vgl. l. 23 § 1 D. de usuris 22,1 und l. 2 D. de nautico foenore 22,3, l. 16 D. de cond. furt. 13,1 sowie l. 1 § 25 D. 16,3.

[2]) Vgl. die geschichtliche Entwickelung dieses Satzes bei Schröter in Lindes Ztsch. Bd. 4 S. 100 ff. 1831.

[3]) So Vangerow Bd. 3 § 588 Anm. 2, Windscheid Bd. 2 § 278 Anm. 2.

aliquem stat, factum est, quominus, die bald eine culpa bezeichnen [4]) bald ohne Beziehung auf eine Verschuldung [5]) zur Bezeichnung der mora gebraucht werden.

Aus diesen Ausdrücken aber wird sich ebensowenig eine Entscheidung für die Frage nach dem Erfordernis der culpa finden lassen, wie aus der die mora umschreibenden Bezeichnung frustratio. [6]. [7])

Dies wird auch von den meisten zugegeben, dennoch aber gehen die Ansichten über die Voraussetzungen, welche in der Person des Schuldners vorhanden sein müssen, um ihn in Verzug zu setzen, infolge einer verschiedenartigen Interpretation der Quellen auseinander.

Die Anhänger der Culpatheorie suchen aus den Quellen zu beweisen, dass der Schuldner nur in Verzug kommt, wenn er gewusst hat, er sei „gerade jetzt und gerade so" zu leisten verpflichtet [8]), oder sich hierüber in einem nicht entschuldbaren Irrtum befand. Zum Beweise dafür, dass der Schuldner um seine Schuld gewusst, oder sich in einem unentschuldbaren Irrtum befunden haben muss, damit die mora eintrete, dient die l. 5 D. de R. C. 12,1.

Hier sagt Pomponius, man müsse bei der Frage nach der mora untersuchen, si aliqua iusta causa sit propter quam intellegere deberes te dare oportere". Wenn man hieraus schliesst, dass der Schuldner um seine Schuld wissen müsse, so kann man dies nur, wie Kniep [9]) richtig erkennt, durch ein argumentum e contrario folgern, indem man in der iusta causa propter quam intellegere deberes das Widerspiel einer iusta causa erroris sieht.

---

[4]) Vgl. l. 23 § 1 D. de obl. libert. 38,1 l. 15 pr. D. eod. und l. 1 § 13 D. 50,13.

[5]) So l. 18 D. 13,5, l. 15 § 3 D. R. I. 50,16, l. 17 § 1 D. eod.

[6]) So l. 37 D. 17,1, l. 3 § 4 D. 22,1, l. 5 § 20 D. 36,4.

[7]) A. M. Mommsen a. a. O. S. 69.

[8]) Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 277 S. 75.

[9]) Kniep die mora des Schuldners nach römischem und heutigen Recht Bd. 1 § 31 S. 331.

Den Vorwurf, den Kniep gegen eine solche Argumentation erhebt, halten wir für unbegründet. Die von ihm als Unding verworfene iusta causa propter quam non intellegere deberes ist ein durchaus vernünftiger Begriff. Denn warum sollte es nicht von der Rechtsordnung anerkannte Gründe geben, aus denen man unter gewissen Umständen etwas nicht hätte einzusehen brauchen.

Viel weniger richtig erscheinen uns die Darlegungen, die Kniep selbst vorbringt. Er bildet zu den Worten iusta causa das Contrarium. Deshalb aber, weil statt des gebräuchlichen si qua die Worte si aliqua stehen, den Nachdruck auf das Wort iusta legen zu müssen, erscheint uns nicht zwingend, auch ist das Ergebnis dieser Interpretation ein wenig bedeutungsvolles, denn würde Pomponius an dieser Stelle nur gesagt haben, dass zur mora das Vorhandensein eines giltigen Rechtsgrundes genüge, so hätte diese Stelle ihren Wert verloren. Eine andere Erklärung giebt von Seeler[10]) der, wie Kniep die culpa aus dem Wesen der mora ausgeschieden wissen will. Nach v. Seeler ist die Stelle dahin zu verstehen, das Verzug dann nicht eintrete, wenn der Debitor in der irrigen Ansicht nicht zu schulden, die Zahlung verweigert. Diese Ansicht, die von Seeler ebenfalls per argumentum e contrario gewinnt, ist zwar durchaus folgerichtig, aber dennoch nicht einwandfrei. Denn abgesehen davon, dass es anstatt propter quam intellegere deberes te dare oportere im Sinne Seelers propta quam te dare oportere intellegere deberes lauten müsste, erscheint es doch sonderbar, dass der Jurist hier den im Verkehrsleben selten vorkommenden Fall im Auge haben sollte, wonach der einfache Bürger sich nur durch die Kenntnis jurisitischer Kontroversen vor dem Verzuge sollte bewahren können.

Eine Beweisstelle für das Erfordernis einer culpa bietet sich uns aber unzweifelhaft in l. 91 § 3 D. V. O. 45,15 sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quoties culpa inter-

---

[10]) v. Seeler. Zur Lehre von der Konventionalstrafe Halle 1891 S. 118 ff.

venit debitoris perpetuari obligationum, quem admodum intelligendum est et quidem si fuerit promissori, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit etc.

Hier ist nicht von den Wirkungen, sondern von den Voraussetzungen der mora die Rede. Zu einem andern Resultat führt allerdings die Auffassung, wonach Paulus hier nicht seine eigene Meinung habe aussprechen wollen, sondern nur ausgeführt habe, wie ein bestimmter Satz der veteres aufzufassen sei.[11]) In diesem Falle wäre dem Ausdruck culpa allerdings ein anderer Sinn beizulegen als der, den die späteren Juristen damit verbinden, und die Stelle wäre für unsere Ansicht kein Beleg. Unseres Erachtens aber führt Paulus uns einen zu seiner Zeit noch praktischen Rechtssatz der veteres an, und nichts erscheint natürlicher, als dass er mit dem Ausdruck culpa den Sinn verbindet, welchen derselbe zu seiner Zeit gehabt hat. Paulus brauchte daher nicht erst hervorzuheben, dass es sich um eine zu praestierende culpa handele. Dies lag für ihn schon in dem Worte selbst.[12]) Der Jurist sucht dann im folgenden festzustellen, dass der Grundsatz perpetuatur obligatio verschieden wirke, je nachdem der Schuldner selbst die Leistung unmöglich sich gemacht hat oder im Verzuge ist. Im ersten Fall bleibt die perpetuatio obligationis bestehen. Im letzteren aber ist eine purgatio morae durch nachträgliches Anerbieten der Leistung möglich. Eine culpa liegt in beiden Fällen vor, nur dass die Richtung der culpa bei der mora eine andere ist. Als letztes Quellenzeugnis für die von uns verteidigte Ansicht, dass zur mora culpa gehöre, wollen wir noch die l. 9 § 1 i. f. D. de usuris 22,1 anführen.

Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, eius temporis inculpatam esse moram constitit ideo si maiores usurae prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur.

---

[11]) So v. Seeler a. a. O.

[12]) Ebenso Wolf a. a. O. S. 260.

In dieser Stelle wird ausdrücklich gesagt, dass trotz der Verzögerung, die die Leistung erleidet, ein Verzug des Schuldners nicht vorliegt, weil die mora inculpata sei. Daraus, dass hier ausdrücklich betont wird, die mora sei in culpata, folgt u. E. per argumentum e contrario mit Notwendigkeit, dass zur mora culpa erforderlich sei.

Wir glauben im bisherigen, soweit es für uns in Betracht kommt, aus den Quellen zur Genüge dargethan zu haben, dass die culpa eine Voraussetzung der mora bildet. [13]).

Die Richtigkeit dieser Auffassung kann man schon daraus erkennen, dass selbst die meisten Gegner der Culpatheorie im Resultat mit uns übereinstimmen, denn wenn die meisten unserer Gegner einerseits die Culpatheorie leugnen, andererseits aber verlangen, dass den gemahnten Schuldner mala fides treffen müsse [14]. [15]), so dürfte ihre Ansicht kaum in einem nennenswerten Gegensatz zu unserer Auffassung stehen.

Für unsere Ansicht, dass der Schuldner nur dann für den mit dem Verzug dem Gläubiger erwachsenen Schaden haften soll, wenn derselbe weder ausserhalb seiner Wissens-

---

[13]) Auf die Beschaffenheit dieser culpa einzugehen, liegt nicht im Rahmen unserer Aufgabe.

[14]) Völlig verworfen wird das Erfordernis der culpa von Kniep a. a. O. Bd. 1 S. 326 ff. und von Seeler S. 99 ff.

[15]) Vgl. Schoemann Handb. d. Civ. Rechts S. 271 ff, Puchta § 269 N. 2: Das positive Erfordernis der mora ist nur jenes, dass die Ursache der Nichterfüllung bloss in dem Schuldner lag, aber es treten gewisse Entschuldigungsgründe ein, durch deren Nachweis der Schuldner sich von dem Vorwurf der mora befreien kann. Sintenis Bd. 2 § 93 N. 50, hält die culpa nicht für ein absolutes Requisit der mora und stützt seine Ansicht besonders darauf, dass beim Ausbleiben der Zahlung der Schuldner infolge schuldloser Verarmung in Verzug gerät. Dgl. Holzschuher Bd. 3 S. 529. Damit er nicht in mora komme, müsste er nachweisen, dass er kein Geld habe und keinen Credit finde, um diesen Beweis aber zu führen, dass niemand ihm creditiere, müsste er doch erst darthun, dass er jeden darum angegangen sei (v. Seeler S. 87). So auch Arndts Lehrbuch § 251 Anm. 7: Selbst die durch ausserordentliche und unvorhergesehene Unglücksfälle verursachte Zahlungsunfähigkeit wird den Schuldner nicht gegen die Folgen des Verzuges schützen können, anders Seuffert II § 245 Anm. 13.

sphäre noch ausser der allgemein menschlichen Willenssphäre gelegen ist, lässt sich auch noch ein anderer Gesichtspunkt anführen. Im Falle völliger Unmöglichkeit der Erfüllung, mag es nun objektive oder subjektive sein, hält man allgemein bei der Frage nach der Haftung das Vorhandensein einer culpa für ausschlaggebend. Warum sollte nun nicht dasselbe für den Verzug gelten? [16]) „Eine Leistung welche zu derjenigen Zeit, zu welcher sie erfolgen sollte, nicht erfolgt, kann zu dieser Zeit überhaupt nicht mehr erfolgen. Durch die Nichtleistung wird also eine vollständige und dauernde Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit herbeigeführt". [17])

Die Entscheidung darüber, ob ein Verzug vorliegt oder nicht, wird also ebenfalls von dem Vorhandensein einer culpa abhängen müssen und auf einer sorgsamsten Erwägung der Umstände beruhen, wobei die Ansicht eines gesunden Rechtsverstandes über ordentliches und redliches Benehmen (das bonum et aequm) den Ausschlag geben. [18])

Eine gesetzliche Culpapraesumtion aber für die Fälle der sogenannten mora ex re anzunehmen, damit dieselben ebenfalls als zur eigentlichen mora gehörig aufgefasst werden können, halten wir für durchaus unzulässig. Mit Recht wendet hiergegen Molitor [19]) ein: Cette présumption de la faute repugne à l'esprit du droit romain ou l' obligation de réparer le dommage est strictement subordonné a l'imputabilité, qui dans un bon système de législation ne saurait se présumer.

In der Regel wird nun die Interpellation die Culpa des Schuldners begründen. Denn durch dieselbe wird der Schuldner daran erinnert, dass er durch seine Verzögerung der Leistung eine Rechtsverletzung begehe: „Wer nicht rechtzeitig zahlt,

---

[16]) So von Kübel. Recht der Schuldverhältnisse zum Entwurf I des B. G. B. Abschnitt 1 Teil 3 III S. 28.

[17]) Planck Bd. II § 275 No. 3.

[18]) So Unterholzner Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechts von den Schuldverh. § 54 S. 112, vgl. l. 91 § 3 D. de V. O. 45,1. Esse enim hanc quaestionem de bono et aequo in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur.

[19]) a. a. O. I S. 450 N. 376.

was er schuldet, erscheint schon um deswillen in Verschuldung". [20]) Dasselbe wird daher auch von dem Schuldner einer betagten Verbindlichkeit gelten, da hier der Ablauf des dies veniens die Interpellation, d. h. die Aufforderung zur Leistung ersetzt. Durch die Bestimmung eines Leistungstermins kann der Schuldner sich nicht darauf berufen, er habe nicht gewusst, dass er gerade jetzt leisten solle. Es giebt ja doch auch Fälle, wo selbst die Interpellation nicht hinreicht, um eine mora des Schuldners zu bewirken, dies ergiebt sich dann, wenn zur Erfüllung eine Mitwirkung des Gläubigers nötig ist. Denn hier kann mora nur eintreten, wenn der Gläubiger das Seinige gethan hat. Das muss auch für betagte Verbindlichkeiten gelten.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, dass bei betagten Verbindlichkeiten, wenn eine Mitwirkung des Gläubigers nicht nötig ist, die Fälligkeit nicht bloss die Mahnung ersetzt, sondern auch den Verzug des Schuldners bewirkt, es sei denn, dass er sich exculpieren kann.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Streitfragen bezüglich der Voraussetzungen des Verzuges durch eine feste gesetzliche Regelung beseitigt.

Nach § 284 B. G. B. kommt der Schuldner im Fall der Nichtleistung durch eine Mahnung oder eine derselben gleichgestellte Rechtshandlung, wie Klageerhebung oder Zustellung eines Mahnbefehls in Verzug. Im Abs. 2 desselben Paragraphen hat das B. G. B. den Satz: „dies interpellat pro homine" endgiltig anerkannt. Der § 284 Abs. 2 B. G. B. besagt: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet.

Das Gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit in der Weise bestimmt ist, dass sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen lässt".

---

[20]) Dernburg Bd. II § 40 S. 1-13, Kläger ist nur beweispflichtig hinsichtlich der Fälligkeit der Forderung und der Mahnung.

Die Frage nach der Culpa hat das B. G. B. im § 285 entschieden, wonach der Schuldner nicht in Verzug kommt, so lange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat.

Wir sehen also, dass das B. G. B. den von uns für das gemeine Recht vertretenen Standpunkt einnimmt. Auch nach B. G. B. wird die Fälligkeit bei betagten Verbindlichkeiten einen Verzug nur dann zur Folge haben, wenn in dem Nichtinnehalten des Leistungstermins ein Umstand zu sehen ist, den der Schuldner zu vertreten hat.

b) Die Fälligkeit als Voraussetzung zum Zinsenlauf.

§ 17.

Die Fälle, in welchen mora ohne Interpellation eintritt, sucht man nun dadurch zu vermehren, dass man gewisse Thatbestände, bei denen nach den Quellen eine mora ex re ohne Interpellation stattfindet, als zur eigentlichen mora gehörig bezeichnete oder sie als sogenannte objektive mora zusammenfasste. [1]) Wir glauben nun, nachgewiesen zu haben, dass ohne Vorhandensein einer Interpellation, ohne culpa von einer mora im technischen Sinne keine Rede sein kann, und dass man nicht berechtigt ist, der technischen mora eine sogenannte objektive mora zur Seite zu stellen. Vielmehr wird man diejenigen Thatbestände, die Wolff als gesetzliche Wirkungen der objektiven mora bezeichnet, als Wirkung der Fälligkeit d. h. des Ausbleibens der fälligen Leistung anzuführen haben.

Es hat nämlich der Minderjährige wie der Fiskus auf Grund besonderen Zinsprivilegs das Recht vom Augenblicke der Fälligkeit an, Zinsen für seine ausstehenden Forderungen zu verlangen. Sintenis nimmt hier einen Verzug ohne Mahnung (mora ex re) als vorliegend an.[2]) Unserer Ansicht nach scheint es nicht geboten, eine besondere Ausnahme von den sonstigen

---

[1]) So insbesondere Wolff.

[2]) Vgl. Sintenis Bd. 2 S. 71.

Voraussetzungen der mora anzunehmen, weil eine einzelne Verzugswirkung hier eintritt. [3]. [4])

Im modernen Recht finden wir eine verwandte Bestimmung im § 353 H. G. B., wonach Kaufleute untereinander aus beiderseitigen Handelsgeschäften vom Tage der Fälligkeit an Zinsen zu fordern berechtigt sind. [5])

Nach einer Novelle 131 C. 12 ist ferner von Justinian den piae causae das Privilegium erteilt worden, falls der mit einem Vermächtnis Beschwerte nicht innerhalb von 6 Monaten nach der gerichtlichen Insinuation des Testaments das Vermächtnis auszahlt, vom Augenblicke des Todes des Erblassers Zinsen und Früchte verlangen zu dürfen. [6])

In gleicher Weise war von Justinian zu gunsten des Ehemannes in l. 31 § 2 C. de iure dotium 5,12 bestimmt, dass derselbe 4% Zinsen verlangen kann, falls ihm binnen 2 Jahren nach Eingehung der Ehe die Mitgift nicht gezahlt sei. Eine weitere gesetzliche Wirkung der Fälligkeit führen die Quellen an, falls der Pächter oder Mieter, mit dem Miets- oder Pachtzins 2 Jahre im Rückstand ist. Hier verliert der Pächter oder Mieter seine Rechte aus dem Vertrage. Ebenso geht der Emphyteuta, wenn er drei Jahre lang seinen Kanon und die Abgaben nicht gezahlt hat, der Emphyteuse verlustig.

Von viel grösserer Bedeutung als die bisherigen Verordnungen ist die l. 15 § 20 D. de act. empti venditi 19,1.

Hier wird der Grundsatz ausgesprochen, dass der Käufer vom Augenblick der Uebergabe an Zinsen bezahlen muss, weil er nicht Ware und Preis zu gleicher Zeit nutzen soll. Das

---

[3]) So Wendt Pand. § 228, Mommsen a. a. O. § 12, Windscheid a. a. O. § 278.

[4]) Eine nähere Ausführung dieser Ansicht halten wir wegen der nur noch rechtshistorischen Bedeutung des Gegenstandes nicht für angebracht.

[5]) Prinzipiell ist die Rechtshängigkeit der entscheidende Zeitpunkt für den Zinsenlauf. Der Fälligkeit kommt hier aber doch eine gewisse Bedeutung zu und zwar eine negative, insofern als ohne Fälligkeit der Zinsenlauf nicht beginnt, vgl. § 291 B. G. B.

[6]) Vgl. Wolff a. a. O. S. 17.

Prinzip, welches in dieser Wirkung liegt, ist zwar die Billigkeitsrücksicht, den Grund für den Eintritt der Wirkung bildet aber die Fälligkeit. Es scheint uns daher nicht richtig, wenn Mommsen in diesem in der l. cit. ausgesprochenen Satze keine Wirkung der Fälligkeit erblicken will.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 452 diesen Gedanken des gemeinen Rechts aufgenommen. § 452 B. G. B. bestimmt zwar nur, dass der Käufer den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an, von welchem ihm die Nutzungen gebühren, zu verzinsen hat, allein nach § 446 gebühren ihm die Nutzungen von der Uebergabe an. Von diesem Zeitpunkt wird aber auch der Kaufpreis geschuldet und muss gemäss § 452 verzinst werden.

Die Beziehungen der Fälligkeit zum Pfandrecht.

§ 18.

Zum Schluss wollen wir noch als gesetzliche Wirkung im Falle der Nichterfüllung den Eintritt der Verkaufsbefugnis beim Pfandrecht erwähnen. Im gemeinen Recht gilt heute als allgemein anerkannt, dass Verzug zur Entstehung der Verkaufsbefugnis nicht notwendig sei; nur verlangte Dernburg, dass zur Ausübung der Verkaufsbefugnis der Schuldner durch die Mahnung in Verzug gerät. [1]) Jedenfalls wird auch nach Dernburg die Verkaufsbefugnis existent durch den Eintritt der Fälligkeit, wenn auch seine Geltendmachung an weitere Voraussetzungen geknüpft ist. Das hat das B. G. B. im § 1228 Abs. 2 ausgesprochen: „Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil [2]) fällig ist".

b) Vertragsmässige Wirkungen.

a) Die Fälligkeit als Erfordernis der Wirkung der Konventionalstrafe.

§ 19.

Während das Gesetz nur unter den soeben betrachteten Voraussetzungen gewisse Folgen an das Ausbleiben der fälligen

---

[1]) Vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 281.

[2]) Ebenso im gemeinen Recht vgl. l. 8 § 3 D. 13,7.

Leistung knüpft, können die Parteien an sich ohne jede Beschränkung die weitgehendsten Wirkungen an die Nichtbefolgung der Leistungszeit anschliessen. Dennoch aber wird den Parteivereinbarungen dadurch eine Schranke gesetzt, dass das Gesetz auch hier in gewissen Beziehungen regelnd eingreift.

So dient zur Bestimmung der vertragsmässig festgesetzten Wirkung das Institut der Konventionalstrafe. Von den vielen Streitfragen, die sich an die Konventionalstrafe knüpfen, kommt für uns nur die Frage in Betracht, wann diese als verwirkt anzusehen ist. Zur Beantwortung derselben müssen wir auf das römische Recht zurückgehen. Hier konnte die Konventionalstrafe in verschiedenen Begründungsarten festgesetzt werden, in den stipulationes conventionales, praetoriae und indiciales. [1])

Man hat nun aus den Quellen nachzuweisen gesucht, dass die verschiedenen Stipulationen auch verschiedenen Regeln unterworfen wären und sich besonders auf die l. 52 D. de V. O. 45 1 gestützt.

Bei den Konventionalstipulationen sollte die Parteiabsicht entscheiden, bei den praetorischen dagegen die mens praetoris zu grunde gelegt werden. Auf dieser Unterscheidung hat Wolff die Darstellung der Lehre von der Verwirkung der Konventionalstrafe [2]) aufgebaut und kommt zu folgendem Ergebnis:

1. die Konventionalstrafe wird, wenn sie in einem freien Vertrage festgesetzt ist, verwirkt, wenn die Bedingung eingetreten ist, unter welcher sie verabredet worden ist.
2. Der Anspruch darauf wird jedoch durch eine exceptio doli elidiert, wenn der Eintritt der Bedingung durch den Berechtigten selbst herbeigeführt worden ist.
3. Dasselbe findet statt, wenn die Konventionalpön in einer stipulatio praetoris verabredet worden und die Bedingung eingetreten ist, ohne dass der Eintritt in einer culpa oder contumacia seinen Grund hat.

---

[1]) Pr. D. de divisione stip. 3,18.

[2]) Wolff a. a. O. S. 38.

Nach Wolff kommen aber für das gemeine Recht die Grundsätze der praetorischen Stipulationen nicht in Frage, sondern nur die der nach ganz anderen Regeln zu behandelnden stipulationes poenae conventionales.

Zu einer anderen Ansicht gelangt Savigny.[3]) Nach ihm sollen die Grundsätze der praetorischen und richterlichen Stipulation „deren Charakter auf der bona fides, nicht auf dem strengen Buchstab des Gesetzes beruhte, auf alle bonae fidei Obligationen, denen eine Konventionalstrafe zugefügt sei, Anwendung finden". [4])

Im Gegensatz hierzu leugnet v. Seeler dass die stipulationes praetoriae überhaupt nach ganz anderen Grundsätzen behandelt würden.[5]) Im Sinne Seelers beruht die Verschiedenheit der stipulationes praetoriae und conventionales nur auf dem Inhalt des Hauptvertrages. Nicht davon hängt der Unterschied in den Wirkungen der Verträge ab, ob die Parteien bei Eingehung derselben aus freiem Antriebe oder unter richterlichem Einfluss handelten, sondern lediglich von den Verträgen, die nicht alle „Pflichten von gleicher Intensität erzeugen".

Bei der Untersuchung nun, wann und unter welchen Umständen die Strafe als verwirkt anzusehen ist, haben wir zu unterscheiden, ob der Inhalt der Verbindlichkeit, deren Nichterfüllung unter Konventionalstrafe steht, auf ein Unterlassen oder Thun gerichtet ist.

Nach Wolff wird, wie wir bereits erwähnt, der Verfall der Strafe gemäss den Regeln der bedingten Verträge beurteilt und die Bedingung als eingetreten angesehen, wenn die unter die Bedingung gestellte Handlung vorgenommen resp. nicht vorgenommen wird.

Diese Theorie hat aber keine allgemeine Anerkennung gefunden. Zuerst wurde sie von Vangerow angefochten, jedoch u. E. ohne rechten Erfolg. Denn die wirtschaftliche

---

[3]) Savigny a. a. O. Bd. 2 § 80 S. 281.
[4]) A. M. v. Vangerow § 614 Anm. 6 Pand. Bd. 3.
[5]) a. a. O. § 14 S. 92 ff.

Zweckbestimmung des Poenalvertrages, auf welche Vangerow so grosses Gewicht zu legen scheint, kann auch die juristische Konstruktion und die Frage nach der Anwendbarkeit der Bedingungstheorie keinen entscheidenden Einfluss haben. [6])

Der Fehler der Wolff'schen Auffassung liegt darin, dass er kein Bedenken trägt, auch dann, wenn durch casuelle Unmöglichkeit der Erfüllung die Verbindlichkeit erloschen ist, die Strafe als verwirkt anzusehen. Dies aber steht im Widerspruch mit seiner eigenen Theorie, denn Wolff giebt zu, dass den Inhalt der Bedingung die Nichterfüllung der Verbindlichkeit ausmache. Ist aber keine Verbindlichkeit vorhanden, so kann auch keine Nichterfüllung vorliegen. Ist daher die Verbindlichkeit wegen unverschuldeter casueller Unmöglichkeit der Erfüllung aufgehoben, so fällt die Bedingung aus und folgerecht kann von einem Verfall der Strafe keine Rede sein. [7])

Wolff sucht seine Ansicht durch die Quellen zu beweisen, aber, selbst wenn ihm dies geglückt ist, was wir dahingestellt sein lassen, ist damit noch nicht erwiesen, dass der Fortfall der Verbindlichkeit in jedem Falle die Verwirkung der Strafe zur Folge habe.

Insoweit jedoch Wolff die Konventionalstrafe, wenn der Hauptvertrag auf Unterlassen ging, verwirkt sein lässt, ohne Rücksicht darauf, ob culpa vorliegt oder nicht, stimmen wir mit ihm überein. Denn hierfür bieten uns die Quellen in l. 122 § 6 D. V. O. 45,1 einen sicheren Anhaltspunkt.

Hat die Verbindlichkeit des Hauptvertrages aber ein positives Thun, für welches eine Frist gesetzt ist, zum Inhalt, so ist die Konventionalstrafe mit dem Ablauf der Frist verwirkt, gemäss l. 23. D. de O. et. A. 44,7. Auch bedarf es in diesem Falle keiner Mahnung, sondern es findet der Satz Anwendung: dies interpellat pro homine.

Dies hat Justinian für die Konventionalstrafe ausdrücklich in der berühmten lex magnam ausgesprochen. [8]) Für das

---

[6]) Vgl. Seeler S. 74.

[7]) Vgl. v. Seeler a. a. O. § 11.

[8]) Vgl. const. 12 C. de c. et. c. stip. 8,37. Magnam legum veterum

gemeine Recht lebhaft umstritten ist die Frage, wann bei den unbetagten auf ein Thun gerichteten und durch Konventionalstrafe gesicherten Obligationen die Strafe verfallen ist. Man darf wohl als die herrschende Meinung ansehen, dass die Konventionalstrafe des modernen gemeinen Rechts stets einen accessorischen Charakter haben müsse.

In dem bedingten Versprechen, die einfachste Gestalt der Konventionalstrafe sehen zu wollen[9]), geht deswegen nicht an, weil es bei diesem „an einem Anhalt fehle, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornehme, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet oder für nichtverbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich geworden ist". [10]) Die Konventionalstrafe setzt daher stets einen Hauptvertrag voraus.

Nur tritt derselbe nicht immer offen zu Tage. Denn wenn man in einem bedingten Versprechen die Absicht der Parteien auf das Gegenteil der Bedingung hinzuwirken erkennt, so wird selbst hier ein Strafvertrag vorliegen; aber auch dieser wird dem Schuldner, wie von Seeler [11]) angiebt, in zweifacher Weise verpflichten:

1. „Die in condicione befindliche Handlung zu unterlassen,
2. wenn er sie dennoch vornimmt, eine Strafe zu zahlen".

Bei dieser Auffassung ergiebt sich sodann aus l. 115 § 2 D. de V. O. 45,1 für das gemeine Recht geregelt, dass die Handlung sofort ohne vorherige Mahnung vorgenommen werden müsse, damit die Strafe nicht verfällt.

---

obscuritatem, quae protrahendarum litium maximam occasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis, certo tempore facturum se stipuletur, vel quae stipulator voluit promiserit et addidevit, quod, si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime posse adevitandam poenam adicere quod nullus eum admonuit: „sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat".

[9]) v. Savigny a. a. O. § 80 S. 273.

[10]) Windscheid a. a. O. § 286.

[11]) Vgl. v. Seeler a. a. O. S. 9.

Die entgegengesetzte Meinung des Paulus, der in l. 24 D. quando dies leg. et fid. cedat 36,2 eine solche Mahnung erfordert, kann gegenüber dem Ausspruch Papinians in l. 115 D. cit. sowie dem Julians in l. 19 pr. D. eod. und Ulpian in l. 1 D. de penu legata nicht in Betracht kommen. Das Wort „sofort" aber ist, wie sich für uns aus dem bereits früher Gesagten ergiebt, auch hier nicht strikte zu interpretieren. [12])

Dagegen gehen die Meinungen der Vertreter des gemeinen Rechts in der Frage, ob die Strafe auch verwirkt sei, ohne dass eine culpa des Verpflichteten wegen der Nichterfüllung vorliegt, wiederum sehr auseinander.

So verlangt Savigny, der wie erwähnt, die Grundsätze der praetorischen Stipulationen mit ihren vielen Entschuldigungsgründen für den gemeinrechtlichen Strafvertrag angewendet wissen will, dass die Konventionalstrafe „nur gegenüber demjenigen Schuldner als verwirkt gelte, welchem eine Zurechnung vorgeworfen werden kann".

Diese Auffassung Savignys ist mit der Einschränkung, dass die Strafe „ipso iure mit der Nichterfüllung der Hauptobligation verfällt und verwirkt bleibt, falls der Verpflichtete nicht den Beweis seiner Schuldlosigkeit führt", in neuerer Zeit wieder aufgenommen worden. [13])

Nach Wolff verfällt, wie wir gesehen haben, die Strafe sogar bei casueller Unmöglichkeit der Erfüllung, während Vangerow der zur Fälligkeit der Strafe ebenfalls keine mora fordert, doch durch das Erlöschen der prinzipalen Verbindlichkeit den Anspruch auf die Strafe wegfallen lässt. Die l. 22 pr. ad leg. Aquil 9,2 [14]), die zum Beweise der entgegengesetzten Ansicht herangezogen wird, erklärt Vangerow [15]) dadurch, dass er eine einzige selbstständige obligato als vorliegend erachtet.

---

[12]) Vgl. Seuffert Bd. 6 No. 172.

[13]) Mann: „Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten". Gött. Inaug. Diss. 1890.

[14]) pro inde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.

[15]) Vangerow a. a. O. § 614.

Die Ansicht Vangerows, dass der Schuldner im Falle unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung von der Strafe frei wird, lässt Windscheid nur im Zweifel als die Parteiabsicht gelten. Dagegen soll „die unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung dem Schuldner im Zweifel nicht zu gute kommen, vorausgesetzt, dass das Hinderniss rechtzeitiger Erfüllung nicht an dem Gläubiger selbst liegt".

Diese Ansicht Windscheids, dass im Zweifel die Strafe nach der Parteiabsicht den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachteile der nicht rechtzeitigen Erfüllung schützen solle, hält Dernburg [16]) für unbegründet. Nach Dernburg, dessen Auffassung auch wir uns anschliessen „verfällt die Strafe nicht, wenn die verpönte Nichtleistung in Gründen die ausserhalb des Schuldners und seiner Person liegen, ihre Ursache hat". Im Uebrigen ist auch nach Dernburg eine culpa zur Verwirkung der Strafe nicht erforderlich. Diese Auffassung lässt sich durch zahlreiche Quellenbeweise stützen. So verfällt die Strafe nicht, weil die Nichterfüllung der Schuld durch den Berechtigten herbeigeführt worden ist, nach l. 122 § 3 D. de V. O. 45,1.

Einen weiteren Beleg dafür, dass die Strafe nicht verfällt, wenn die Nichterfüllung durch Umstände verursacht wurde, welche ausserhalb der Person des Schuldners lagen, bietet die l. 21 § 9 D. de recept. 4,8.

Für die Behauptung, dass die Konventionalstrafe auch ohne culpa fällig wird, finden wir noch einen Beweis in l. 77 D. de V. O. 45,1. „Ad diem sub poena pecunia promissa est et ante diem mortuo promissore committetur pecunia, licet non sit hereditas eius adita".

Hiernach verfällt die Strafe selbst dann, wenn die nicht rechtzeitige Erfüllung dadurch verhindert worden ist, dass der Promittent gestorben und vor Eintritt des Termins in Erbschaft noch nicht angetreten ist. In gleicher Weise kommt dieser Gedanke zum Ausdruck in l. 9 D. de nautico faenore 22,2.

---

[16]) Dernburg a. a. O. § 46 Anm. 6.

Ziehen wir aus dem Vorangegangenen das Resultat, so ergiebt sich für uns: Die Konventionalstrafe ist verwirkt ohne Rücksicht auf vorangegangene Mahnung und culpa, es sei denn, dass die Nichterfüllung durch Gründe, die ausserhalb der Person des Schuldners liegen, verursacht worden ist. Daraus ergiebt sich für uns aber noch ein Weiteres.

Da die Konventionalstrafe u. E. stets einem Hauptvertrage sich anschliessen muss, so tritt als Wirkung der Fälligkeit beim Ausbleiben der Vertragsleistung der Verfall der Konventionalstrafe ein.

Wenden wir uns nun dem B. G. B. zu, so finden wir hier die Streitfrage, die uns im gemeinen Recht beschäftigt haben, wieder endgiltig entschieden. Hier bietet also die Frage, wann die Vertragsstrafe als verwirkt gilt, keine Schwierigkeiten, denn § 339 B. G. B. entscheidet die Frage dahin: „Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, dass er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt. Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein".

Hiernach verlangt das B. G. B. im Gegegensatz zum gemeinen Recht, wenn die Hauptverbindlichkeit auf ein Thun gerichtet war, Verzug des Schuldners. Die Voraussetzungen desselben haben wir schon an anderer Stelle behandelt.

Auch darauf giebt das B. G. B. eine unzweideutige Antwort, wann die Konventionalstrafe verwirkt sei, wenn schon vor Ablauf der Frist, bis zu welcher die Leistung des Hauptvertrages vorgenommen werden sollte, fest steht, dass sie nicht zur Ausführung gelangen werde. Denn durch § 271 ist ja, wie wir bereits festgestellt haben, der Gläubiger vor dem Eintritt des Zeitpunkts zu fordern nicht berechtigt.

Hat der Gläubiger die Unmöglichkeit der Erfüllung selbst herbeigeführt, so wird auch nach Bürgerl. Gesetzbuch der Schuldner von der Vertragsstrafe frei. Denn in diesem Falle kann der Schuldner nicht in Verzug kommen, da die Leistung

durch einen Umstand unmöglich geworden ist, den er nicht zu vertreten hat.

Prüfen wir nun, welche Beziehung die Konventionalstrafe des B. G. B. zur Fälligkeit hat, so finden wir, dass hier die Vertragsstrafe als Wirkung der Fälligkeit beim Ansbleiben der Leistung nur in Betracht kommt, wenn für die Leistung der Hauptverbindlichkeit eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, oder sich von der Kündigung ab berechnen lässt, es sei denn, dass die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner nicht zu vertreten hat.

b. Die Fälligkeit als Erfordernis der lex commissora.

§ 20.

Ein der Konventionalstrafe verwandter Fall zeigt sich in der lex commissoria. Auch hier sind vertragsmässig bestimmte Folgen an die Fälligkeit der Forderung geknüpft. Bevor wir jedoch auf die Untersuchung der Frage, ob wirklich nur von der Fälligkeit die Wirkungen der lex commissoria abhängen, näher eingehen, werden wir uns zuvor kurz klar machen müssen, was unter lex commissoria zu verstehen ist.

In den Quellen finden wir die lex commissoria bei dem Pfandvertrage und bei dem Kauf. Der erste Fall scheidet aber für unsere Betrachtung darum aus, weil er dem ius publicum cui privatorum pactis derogari nequit zuwiderläuft. [1]) Allein wenn demzufolge die lex commissoria auch nur im Anschluss an den Kauf [2]) als wirksame Nebenbestimmung erwähnt wird, so ist damit noch nicht ausgeschlossen, dass ihre Hinzufügung bei andern Rechtsgeschäften unmöglich ist. Die römischen Juristen haben hier wie häufig den praktisch am meisten vorkommenden Fall herausgegriffen, um ein desto anschaulicheres Bild des Ganzen zu geben. Darum werden

---

[1]) Im B. G. B. hat aber die Fälligkeit für die sog. lex commissoria beim Pfande insofern eine Bedeutung erhalten, als von diesem Zeitpunkt an eine solche Vereinbarung gültig getroffen werden kann. (Vgl. § 1149; auch § 1245 B. G. B.)

[2]) Vgl. l. 4 § 3 D. de lege commissoria 18,3.

wir auch die l. commissoria als Rücktrittsrecht nicht nur für den Verkäufer, sondern auch gegebenenfalls für den Käufer überhaupt als ganz allgemeingiltig aufzufassen haben und eine nicht wie bei den Römern specielle Definition mit Bezug auf die lex cit. und die herrschende Meinung[3]) dahin geben müssen: Die lex commissoria ist die einem Vertrage zugefügte Nebenbestimmung, wonach der eine Kontrahent bei nicht rechtzeitiger vollständiger Leistung des anderen das Recht erhält, den Hauptvertrag zu annullieren.

Nach dem soeben Gesagten ist die Bedeutung der Fälligkeit bei der lex commissoria ersichtlich. Wird die Leistung zur rechten Zeit nicht vollständig bewirkt, so konstituiert der Schuldner dem Gläubiger dadurch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten. Es fragt sich bloss, ob diese Wirkung mit dem specifischen Momente der Fälligkeit eintritt oder erst noch von einer vorhergehenden Mahnung und dem Erfordernis der culpa des Schuldners abhängig zu machen ist. Beides ist in der That verlangt worden.

Was zunächst das Erfordernis der culpa anbetrifft, so ist dies jetzt wohl als allgemein aufgegeben zu erachten. Das folgt schon aus der Natur der lex commissoria. Auf sie lassen sich die Voraussetzungen des Verzuges, die man dabei offenbar im Auge hat, nicht anwenden. Denn ist der Schuldner mit einer Leistung im Verzuge, so hat es guten Grund, ihn davor zu schützen, dass der Gläubiger mit rücksichtsloser Strenge sein Recht gegen ihn alsbald ausübt. Etwas anderes aber ist es, wenn der Schuldner ausdrücklich schon bei Abschluss des Hauptvertrages in einem Nebenübereinkommen sich verpflichtet, für den Fall nicht rechtzeitiger Erfüllung von sich aus dem Gläubiger ein Recht zum Rücktritt zu geben.

Ausserdem ist in den Quellen die Verwirkung der lex commissoria nur dann ausgenommen, wenn die Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch den Berechtigten selbst herbei-

---

[3]) So Windscheid a. a. O. § 223, Burckhardt Arch. f. Civ. Pr. Bd. 51 S. 167, Glück Pand. Bd. 16 S. 271, Wolff a. a. O. S. 76, Sintenis a. a. O. § 101 N. 21.

geführt worden ist [4]). Und ferner ergeben die l. 51 § 1 D. de act. empt. vend. 19,1 und l. 6 pr. D. de lege commissoria 18,3 bei richtiger Interpretation, dass keine culpa erforderlich sei.

Denn der Ausdruck si per emptorem factum sit quo minus pecuniam solvat muss wie Wolff überzeugend bewiesen hat, nicht von der culpa verstanden, sondern so aufgefasst werden, dass die Nichtzahlung des Kaufpreises aus einem in der Person des Käufers liegenden Grunde für jeden Fall die Verwirkung der lex commissoria herbeiführt, nisi si quid in ea re venditor dolo facit. [5]) Mehr als die Meinung, die wir soeben zu widerlegen versuchten, ist die Ansicht vertreten, dass zum Eintritt des Rücktrittsrechts des Gläubigers Mahnung erforderlich sei [6]) und zwar dann, wenn eine bestimmte Frist nicht gesetzt sei. Denn ist eine genaue Frist bestimmt, so ist es nach der l. 4. D. cit. unzweifelhaft, dass Interpellation nicht notwendig ist.

Treten wir aber an die Frage heran, ob Mahnung eine Voraussetzung zur Verwirkung der lex commissoria bildet, so müssen wir uns zunächst darüber entscheiden, ob es überhaupt möglich ist, eine solche Frage aufzuwerfen, oder mit andern Worten, ob es möglich ist, dass ein pactum commissorium ohne Festsetzung einer bestimmten Leistungszeit geschlossen werde. In der l. 4 pr. D. cit. l. 6 § 2 D. eod. und l. 7 D. eod. ist allerdings immer von einem der l. commissoria hinzugefügten dies die Rede. Allein dies beweist noch garnichts dafür, dass das Unterbleiben einer solchen Hinzufügung ausgeschlossen ist, höchstens dass dies selten zu geschehen pflegt, weil die römischen Juristen einen solchen Fall nicht erwähnen. Diejenigen, welche einen dies für erforderlich halten, stützen sich hauptsächlich auf den Satz: quod sine die debetur, statim debetur. Demnach ist die Leistung des

---

[4]) Vgl. l. 4 § 4 D. de lege commissoria 18,3 l. 8 D. eod.

[5]) Die ausführliche Besprechung dieser Stelle, insbesondere die Gegenüberstellung von per venditorem dieri, per emptorem fieri, findet sich bei Wolff a. a. O. S. 84 ff.

[6]) Sintenis a. a. O. § 101 N. 24, Glück a. a. O. S. 276 u. A.

Kaufpreises sofort mit Abschluss des Vertrages fällig. Würde nun der Schuldner demgemäss sofort leisten, so wäre die l. commissoria gegenstandslos; würde er dies nicht thun, so würde der Gläubiger mit Abschluss des Vertrages das Recht erhalten, entweder Befriedigung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. In diesem Falle fiele aber die lex commissoria mit dem einfachen pactum displicentiae zusammen. [7])

Hiergegen lässt sich zunächst einwenden, dass die lex commissoria, selbst wenn man alles übrige zugiebt, bei sofortiger Erfüllung des Kaufvertrages immerhin nicht bedeutungslos ist. Denn der Zweck der lex commissoria besteht gerade darin, dass der Gläubiger vor dem Ausbleiben der fälligen Leistung bewahrt werden soll. Wird sofort geleistet, so ist anzunehmen, dass dieser Erfolg auch auf Rechnung der Hinzufügung einer lex commissoria zu setzen ist, indem sie einen Antrieb für den Schuldner bildet, seine Verbindlichkeit pünktlich zu erfüllen.

Ausserdem lässt sich das Wort statim, was in obiger Ansicht vorausgesetzt zu sein scheint, nicht strikte interpretieren. Denn man wird die lex commissoria bei einem Vertrage ohne einen fest bestimmten dies gerade so zu verstehen haben, dass die Parteien zwar die Fälligkeit der Obligation nicht hinausschieben, es aber doch für hinreichend erachten, wenn der Schuldner in angemessener Zeit erfüllt. Erst dann, wenn dieser Zeitpunkt ohne Leistung verstrichen ist, wird die lex commissoria verwirkt sein. [8]) Somit wird ein Zusammenfallen der lex commissoria mit dem pactum displicentiae ausgeschlossen erscheinen, ganz abgesehen davon, dass häufig schon durch die Natur der Leistung ein Aufschub der Leistungszeit bedingt ist.

Nach unserer Auffassung ist also ein pactum commissorium ohne dies möglich. Für diesen Fall soll aber, wie wir oben

---

[7]) So Burckhardt a. a. O., V. Kübel a. a. O.

[8]) Dies wird unter Umständen streitig sein und der Richter dann prüfen müssen, ob die Frist wirklich eine angemessene war oder nicht. Dass aber der Richter bei dem Unterlassen einer Fristbestimmung eine solche bestimmen müsse, um den Vertrag zu einem giltigen zu machen, ist nicht erforderlich und unerweislich. Vgl. Sintenis a. a. O. § 101.

schon bemerkten, eine Mahnung des Gläubigers erforderlich sein, jedoch auch bei diesem Erfordernis scheint der Gedanke des Verzuges vorzuschweben, während doch bei der lex commissoria der Schuldner sich nicht wie bei einem blossen Vertrage im allgemeinen verpflichtet, bei Fälligkeit zu leisten, sondern diese Verpflichtung zur rechtzeitigen Leistung noch in einem besonderen Vertrage ausdrücklich bestärkt hat. Die Bedingung zur Verwirkung der lex commissoria soll sich ja mit dem Eintritt der Fälligkeit entscheiden. Dass noch eine Mahnung, die die Fälligkeit der Forderung doch voraussetzt, vorgebracht werden müsse, setzt dieser Vertrag nicht fest. Eine wichtige Stütze für unsere Ansicht giebt uns auch, das der lex commissoria verwandte Institut der Konventionalstrafe in der lex 12 C. de c et c stip. 8,38, in welcher die Mahnung bei der Konventionalstrafe für unnötig erklärt wird. Sodann geht aber aus der l. 4 § 4 D. 18,3 hervor, dass Interpellation nicht erforderlich sei. Diese Stelle nur für den Fall eines certus dies in Betracht zu ziehen, ist u. E. ungerechtfertigt. [9]) Allein soweit gehen wir nicht zu behaupten, dass eine Mahnung die Lage des Gläubigers verschlechtert, insofern diesem nur ein ius eligendi, nicht ein ius variandi zustehe und danach Mahnung ein Verzicht auf die Geltendmachung des Rücktrittsrechts bedeuten würde. Denn ein solcher Verzicht wird nach den Quellen nur denuntiando et pretium petendo begründet. Das ist aber etwas anderes als Mahnung — interpellando — denn in dem denuntiare et pretium petere, das man als einen Begriff aufzufassen hat [10]), liegt eine bestimmte Entscheidung darüber, dass man die Zahlung des Kaufpreises verlangt. In der blossen Mahnung liegt eine solche bestimmte Entscheidung nicht. [11]) Ausserdem aber sagt l. 4 § 4 D. cit. zwar aus, dass die Mahnung

---

[9]) So auch Erkenntnis des Oberappellations-G. zu Lübeck Bd. 9 No. 32 und Urteile des Oberlandesgerichts zu Kiel, Seufferts Archiv Bd. 52 No. 240.

[10]) Vgl. Hollmann in der neuen Jena'schen allgem. Litt. Zt. 1. Jahrg. 87 S. 367.

[11]) Vgl. hierzu Seuffert Arch. Bd. 52 No. 240.

nicht erforderlich sei; dass sie aber die Geltendmachung der lex commissoria ausschliesse, also unzulässig sei, darauf wird durch nichts hingewiesen.

Somit halten wir auch das Erfordernis der Mahnung für unbegründet und die lex commissoria für ein Beispiel dafür, dass schon mit dem Momente der Fälligkeit nur durch das Ausbleiben der geschuldeten Leistung sich für den Schuldner bedeutsame Folgen durch Vertragsbestimmung ergeben können.

Im B. G. B. ist der Begriff der lex commissoria weiter gefasst als im gemeinen Recht. Dem § 360 zufolge ist nämlich der Eintritt des Rücktrittsrechts entweder ganz allgemein von der Thatsache der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung bis zu einem bestimmten Termin abhängig gemacht. Diese allgemeine Fassung lässt naturgemäss der Aeusserung des Parteiwillens freien Spielraum und es wird darum eine Thatfrage sein müssen, in welchem Sinne das Erfordernis der Nichterfüllung des Vertrages aufzufassen sei, insbesondere ob culpa vorliegen müsse. [12])

Wird aber die lex commissoria als ein für den Fall der nicht rechtzeitigen Leistung an einem bestimmten Termin gegebenes Rücktrittsrecht gelten sollen, so wird man doch als Regel anzunehmen haben [13]), dass weder Mahnung noch culpa die Voraussetzung der lex commissoria bilden. Wir können mit Kipp sagen: „Wenn der Vertrag selbst nichts dahingehendes ergiebt, so ist der Rücktritt sofort bei Fälligkeit der Leistung zulässig, wenn ihm nicht durch Leistung zuvorgekommen wird". In diesem Falle also giebt die Fälligkeit dem Gläubiger mit dem Rechte vom Vertrage zurückzutreten, einen absoluten Schutz gegen jede Verzögerung der Leistung von seiten des Schuldners.

---

[12]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 272, Oertmann Komm. zum Recht der Schuldverh. S. 94 etc., Crome System Bd. II S. 198 Anm. 1, Staudinger zu § 360.

[13]) Vgl. insbesondere Kipp a. a. O., Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts, Scherer Komm. zum B. G. B. Bd. 2 § 360. Auf die Aufstellung einer allgemeinen Auslegungsregel verzichtet Planck (vgl. Planck zu § 360 B. G. B.).

c. Die Fälligkeit in Beziehung zu dem Fixgeschäft.

§ 21.

Während in dem bisher betrachteten Fall der lex commissoria der Parteiwille in einem besonderen Vertrage an den Eintritt der Fälligkeit bestimmte Folgen geknüpft hat, liegt es bei den Fixgeschäften schon in der stillschweigenden Parteiabsicht, in der Natur der Leistung, dass sie an einem bestimmten Termine erfolgen muss, wenn sie nicht für den Berechtigten jedes Interesse verlieren soll. Hier ist also die Bestimmung der Leistungszeit als ein essentiale negotii aufzufassen, mit dessen Nichterfüllung der Vertrag von selbst hinfällig wird. Die Wirkungen, die sich an die Nichterfüllung dieses bestimmten Termins anschliessen, treten unabhängig von Verschulden und Mahnung ein, da beide Erfordernisse der Natur des Fixgeschäftes zuwiderlaufen und das Interesse des Gläubigers an der Leistung, das hier im Vordergrunde steht, völlig unbeachtet lassen würden. Unterbleibt also die Leistung, so ist der Gläubiger ohne Weiteres berechtigt, entweder Schadenersatz zu fordern, oder vom Vertrag zurückzutreten. Das gilt nicht nur für das gemeine Recht, sondern auch für das B. G. B., denn § 361 B. G. B. bestimmt: „Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, dass die Leistung des einen Teils genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, dass der andere Teil zum Rücktritt berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt".[1])

II. Wirkungen der Fälligkeit für den Gläubiger: Beginn der Verjährung.

a) Die Klageverjährung des gemeinen Rechts.

§ 22.

Während wir im Vorigen die durch die Fälligkeit entstehende Verbindlichkeit des Schuldners zur Leistung betrachteten

---

[1]) Allerdings enthält § 361 nur eine Auslegungsregel. Vgl. Crome System Bd. II. S. 191.

und zeigten, welche Folgen sich an das Ausbleiben der fälligen Leistung knüpfen können, so scheint es, als ob für den Gläubiger sich weitere Wirkungen als die Möglichkeit, sein Recht allseitig geltend zu machen, nicht ergeben würden. Denn was dem Gläubiger zusteht, ist ja ein Recht und niemand ist zur Ausübung eines Rechtes verpflichtet. Dennoch werden auch durch die Nichtausübung dieses Rechtes Folgen bestimmter Art gezeitigt.

Mit dem Eintritt der Fälligkeit sagten wir, ist die rechtliche Möglichkeit der Klageerhebung, das Klagerecht, als eine unmittelbare durch die Fälligkeit gegebene Wirkung entstanden. Damit ist zugleich noch ein zweites verbunden. Der Gläubiger erhält nicht nur das Recht der klageweisen Geltendmachung, sondern hinter diesem Rechte steckt auch eine gewisse Pflicht. Die durch die Fälligkeit gegebene rechtliche Möglichkeit der Geltendmachung muss sich in faktische Verwirklichung umsetzen. Unterbleibt dies, entbehrt die erstere der letzteren, so ist es im Interesse der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Verdunkelungen geboten, diese rechtliche Möglichkeit durch die faktische Nichtverwirklichung auch zu einer rechtlichen Unmöglichkeit zu machen. Diese Gedanken führen zur Gestaltung einer Klageverjährung. Es fragt sich nun, ob diese einen bestimmten Zeitraum umspannende Verjährung schon von dem Momente der Möglichkeit der Klageerhebung, d. h. bei Forderungen schon mit dem Augenblicke der Fälligkeit zu laufen beginnt, oder ob nach dem Wesen der Klageverjährung noch ein anderes Erfordernis als notwendige Voraussetzung gedacht werden muss.

In der That ist ein solches Erfordernis namentlich von Savigny verlangt worden. Von ihm ist die Ansicht aufgestellt worden, dass jedes Klagerecht zwei Bedingungen hat: Erstens ein wirkliches gegenwärtiges verfolgbares Recht, aus welchem es hervorgeht, zweitens eine Rechtsverletzung, welche den Berechtigten zur Klage veranlasst. [1])

Dieses Wort „veranlasst“ aber, das Savigny gebraucht, führt uns schon darauf, auf welcher Verwechselung der Gedanke der Notwendigkeit einer Rechtsverletzung beruht. Auf die

[1]) Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 281.

Veranlassung zur Klage kann nach dem ganzen Sinn und Zweck der Klageverjährung nichts ankommen, denn es würde sich demnach die Konsequenz ergeben, dass die Verjährung erst dann beginnt, wenn gewöhnlich die Klage angestrengt wird, nicht schon im Falle blosser Möglichkeit, sondern in dem Falle, wo begründete Aussicht auf eine Verurteilung des Schuldners vorhanden ist. Etwas anderes aber ist eine Veranlassung zur Klage und die Entstehung eines Klagerechts. Denn wäre beides identisch, so müsste die Klage als ein Recht zum Kampfe gegen das Unrecht angesehen werden. Das mag wohl in der terminologischen Bedeutung des Wortes Klage liegen, allein diese kann hier um so weniger in Betracht kommen, da Klage ja nur eine Uebersetzung für das Wort actio ist, und es sich daher nur um den Sinn dieses letzten Wortes handeln kann. In dem Begriff der actio liegt aber nicht das Element des Kampfes, des Rechts gegen das Unrecht eingeschlossen, sondern agere bedeutet handeln, das Verfolgen seines Rechtes. Sehr richtig bemerkt Demelius: „Kampf ist nur vorhanden, wo ein Feind gegenübersteht und ein Feind ist nicht, wer das Recht eines anderen anerkennt und sich ihm fügt, sondern nur wer es verneint und verletzt".

Allein die actio ist ein solcher Kampf nicht, denn wie wäre es sonst möglich, dass jemand vor Fälligkeit Klage erhebt und falls nur die geschuldete Leistung am Tage der Verhandlung fällig ist, doch nicht abgewiesen wird, sondern eine Verurteilung des Schuldners bewirken kann, auf Grund deren er einen vollstreckbaren Titel erhält, ohne dass der Schuldner sein Recht verneint!

Durch das Klagerecht soll eben weiter nichts gegeben sein, als die Möglichkeit, sein Recht für alle Fälle zu realisieren, zu schützen, zwangsweise zu verfolgen, freilich nicht in dem Sinne einer abstrakten Klagebefugnis, sondern im Sinne eines jederzeit gebrauchsfähigen Rechtes, das erst da sein muss, mithin die Voraussetzung dafür bildet, einen gerichtlichen Kampf in facto auszufechten. [2])

[2]) Sehr fein bemerkt Unger: „Für diese Schriftsteller bliebe nichts anderes übrig, als die actio nata in einem doppelten Sinne zu nehmen,

Haben wir so den Gesichtspunkt einer Rechtsverletzung als eines Requisites zum Beginn der Klageverjährung aus prinzipiellen Bedenken verworfen, so bleibt uns jetzt noch übrig zu prüfen, worin die Anhänger dieser Theorie auf dem Gebiete des Obligationsrechtes, das für uns allein in Frage kommt, eine Rechtsverletzung erblicken. Wir werden insbesondere zu untersuchen haben, ob der von ihnen dabei gefundene Massstab in seiner Anwendung zu richtigen Resultaten führt.

Savigny nun sieht bei den Obligationen die Rechtsverletzung in der Täuschung einer durch die Natur des Rechtsgeschäftes begründeten Erwartung des Gläubigers. Damit soll aber, wie er ausdrücklich erklärt, nicht die subjektive Erwartung jedes gerade in Betracht kommenden Gläubigers gemeint sein, sondern dieser Anfangspunkt der Verjährung soll eine völlig objektive Natur haben, eben durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründet sein.

Diese Erwartung, die das Rechtsverhältnis schaffen soll, kann aber nur darin bestehen, dass der Schuldner leistet. Zur Rechtfertigung einer solchen Erwartung wäre es darum erforderlich, dass der Schuldner bei sofort fälligen Obligationen zu einem ultro offere verpflichtet ist. Dies ist jedoch, wie wir oben gezeigt haben, nicht der Fall, mithin kann von einer Erwartung und einer Täuschung desselben nicht die Rede sein. Danach könnte aber, was Savigny natürlich keineswegs behauptet und behaupten kann, die Verjährung nicht schon mit der Fälligkeit der Obligation beginnen.

Allein die Frage darüber, ob der Schuldner zur freiwilligen Leistung verpflichtet ist oder nicht, ist bestritten. Darum wird es, um unsere Behauptung von der Unhaltbarkeit der Savignyschen Ansicht zu bekräftigen, angebracht sein, nach weiteren Gegenargumenten zu suchen. Diese lassen sich

---

ohne und mit Rücksicht auf die Klageverjährung als rechtliches Klagenkönnen (Klagendürfen) und factisches Klagenmüssen. Dies ginge aber um so weniger an, als die Klageverjährung eben auf dem Gedanken beruht, dass wer klagen könnte, auch hätte klagen sollen".

allerdings nach unseren schon vorangegangenen Erörterungen nur bei den einzelnen Schuldverhältnissen finden. Es mag genügen, den Fall des depositum zu betrachten. Hier muss Savigny seiner Anschauungsweise entsprechend erst mit der Kündigung actio nata annehmen, denn mit der Hingabe der Sache, mit der Begründung der Verbindlichkeit wird noch keine Rechtsverletzung erzeugt. Die durch die Natur des Rechtsverhältnisses begründete Erwartung kann erst mit der Aufforderung des Gläubigers im Sinne Savignys getäuscht werden. Indem dieser aber so die Konsequenzen seiner Anschauung zieht, setzt er sich mit den Quellen in Widerspruch, insbesondere mit der lex 1 § 22 D. 16,3. [3]) Bei dieser Stelle handelt sich alles darum, ob das reposcere als ein Fordern vor Gericht zu verstehen ist oder nicht. Es lässt sich nun zwar nicht leugnen, [4]) dass reposcere gewöhnlich diesen Sinn hat, aber in diesem Falle ist aus dem ganzen Zusammenhange das Entgegengesetzte anzunehmen. Gerade auf die Ausdrucksweise kommt, was unserer Ansicht nach nicht genügend berücksichtigt wird, viel an. Zunächst ist aus der kurzen und deutlichen Fassung der an die Spitze gestellten Worte eum qui rem deposuit, statim posset depositi agere, ersichtlich, dass damit ein Prinzip ausgesprochen ist, nicht wie Savigny auf Grund der nachfolgenden Worte annimmt, ein einzelner Fall. Denn wäre dies so, so wäre es eine unerklärliche zum Mindesten sonderbare Thatsache, dass der Jurist die so allgemein gehaltenen Anfangsworte durch eine Begründung (hoc enim) zu specialisieren sucht. Mit den durch hoc enim eingeführten Worten soll vielmehr der zuvor angegebene Satz in vollem Umfange

---

[3]) Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere, hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas? Vel conditio depositionis non exstitit.

[4]) Dies betont Korff: De actione obligationum nata Berl. Inaug. Dissert. 1865.

gerechtfertigt werden. Und zwar ist als naheliegendster Gesichtspunkt zunächst eine Rechtfertigung im Hinblick auf den dolus ins Auge gefasst, insofern als zur Erhebung der Klage gegen den Depositar schon ein dolus futurus genügt. Nachher ist übrigens der Gesichtspunkt des dolus fallen gelassen und auf Marcellus verwiesen, der Fälle aufzählt, bei denen es unmöglich ist, überhaupt einen dolus anzunehmen. Damit bleibt nur noch übrig, dass der Klagende, der Reposcens seine Sache nicht erhält. Dass aber reposcere hier gerichtliches Fordern bedeutet, geht nicht blos aus dem Zusammenhange, sondern ausserdem auch daraus hervor, dass zum Schluss der Stelle durch die Worte condemnationis tempore ausdrücklich das vorhergehende reposcens auf die Rückforderung im Prozess bezogen wird.[5,6]) Die Savignysche Interpretation dieser Stelle ist also als missglückt zu erachten, und es giebt demnach Fälle, wo schon vor der Rechtsverletzung ein Klagerecht vorhanden ist.[7])

Das ändert sich freilich alles, wenn man mit Demelius die Rechtsverletzung nicht erst, wie Savigny mit der Aufforderung des Gläubigers, sondern schon mit der Begründung der Obligation als eingetreten annimmt. Damit stünde aber der Begriff der Rechtsverletzung im Widerspruche mit der Wirklichkeit. Wie kann man sich denn beim Depositum eine Rechtsverletzung denken, wo der Depositar mit dem Willen des Deponenten besitzt, wo beide sich bei der Begründung des Rechtsverhältnisses nicht feindlich gegenüberstehen, sondern sich eher verbrüdern, sich gegenseitig unterstützen! Im Interesse des Rechts wäre es demnach geboten, die Sache sogleich zurückzugeben, während doch damit der ganze Sinn und Zweck des Depositums verfehlt wäre? Die juristische Konstruktion kann niemals, wie Demelius meint, die durch die wirtschaftliche Natur des Rechtsgeschäfts gegebenen Faktoren in ihr Gegenteil

---

[5]) Auf diesen Punkt macht insbesondere Lenz, Studien und Kritiken im Gebiete des preuss. und deutschen Rechts 1847 S. 242 aufmerksam.

[6]) Wir unterlassen es, auf eine Unterstützung dieser gewonnenen Auslegung durch die l. 13 § 1 D. 16,3, die l. 1 § 20 eod. näher einzugehen.

[7]) So zum Beispiel auch das Darlehn auf Kündigung etc.

verkehren. Denn schliesslich ist es ja gerade die wirtschaftliche Natur des Rechtsverhältnisses, der die Rechtsordnung ihre Normen anzupassen sucht. Die juristischen Begriffe dürfen daher niemals dieser Natur völlig widersprechen, sonst sind sie Namen für etwas, was in Wirklichkeit garnicht existiert. Von einer Rechtsverletzung beim Depositum zu sprechen, ist ein Unding. Denn es lässt sich nicht leugnen, dass der Begriff der Rechtsverletzung ein Unrechtthun voraussetzt. Kein Depositar würde aber die Lasten, die ihm durch das Depositum erwachsen, auf sich nehmen, wenn ihn noch obendrein ein Vorwurf treffen würde. So weit gehen wir natürlich nicht, zu behaupten, dass die wirtschaftliche Natur eines Rechtsgeschäftes für die juristische Konstruktion allein massgebend ist, diese hat stets nach allgemeinen Prinzipien zu erfolgen. Für jeden Fall aber sind durch die Rechtsordnung den Parteien Mittel gegeben, den wirtschaftlichen Zweck zu erreichen, so beim Darlehn durch Betagung. Unterlassen die Parteien aber, diese Mittel anzuwenden, so kann man zu gunsten eines gerade in Frage kommenden Rechtsverhältnisses entsprechend seiner wirtschaftlichen Natur nicht in der juristischen Konstruktion von allgemeinen Rechtsregeln abweichen; allein ein völliger Widerspruch mit der Wirklichkeit darf niemals entstehen.

Lässt man daher aus dem Begriffe der actio die Rechtsverletzung fort, so entspricht es zwar der wirtschaftlichen Natur des Darlehns nicht, wenn sogleich eine gerichtliche Verfolgung stattfindet oder stattfinden kann. Es widerspricht ihr aber nicht und ist andererseits der Machtbefugnis des Darleihers angepasst, wenn er sofort ein Recht zur Rückforderung besitzt, wo er sich dieses Rechtes nicht begeben hat.

Damit verliert aber die Rechtsverletzung ihre Bedeutung als Entstehungsgrund des Klagerechts. Letzteres bedarf zu seiner Existenz nicht mehr des Erfordernisses der Rechtsverletzung, sondern es kommt nur der äusserliche Gesichtspunkt in Betracht, dass das Klagerecht erwächst, wenn das Recht zu fordern vollständige Existenz erlangt hat, d. h. mit Eintritt der Fälligkeit.

Ist daher die Forderung bedingt oder betagt, so beginnt die Verjährung erst mit Eintritt der Bedingung oder des dies

zu laufen. Allerdings ist auch dieser Gesichtspunkt kein ausschliesslicher, nicht immer ist ein Klagerecht erst mit der rechtlichen Möglichkeit einer Forderung gegeben, sondern schon vorher und zwar in den Fällen, wo diese Möglichkeit der Geltendmachung einer Forderung „in die nakte Willkür" des Gläubigers gestellt ist. Einer solchen Festsetzung bedurfte es mit Rücksicht auf die Klageverjährung. Der Sinn der Klageverjährung ist der, dem rechtlichen Können auch ein Sollen unterzuschieben.

Ein Dahrlehn auf Kündigung ist aber kein betagtes Darlehn. Es ändert an dem Rechte des Gläubigers wenig, nur ist es dem Schuldner verwehrt, vor der Kündigung zu leisten und nur insofern ist die Fälligkeit hinausgeschoben. [8]) Ob es in das Belieben oder in das Können des Gläubigers gestellt ist, die Leistung herbeizuführen, macht für ihn keinen Unterschied. Insofern verhält es sich also mtt dem aus Rücksicht für die Rechtssicherheit durch die Verjährung auferlegten Sollen genau so. Sonst könnte das Darlehn nach einer angemessenen Zahl von Jahren zurückgefordert werden. [9]) Wenn jedoch hier und in ähnlichen Fällen die Verjährung schon vor Eintritt der Fälligkeit beginnt, so ist bei dieser Regelung dennoch der Gesichtspunkt der Fälligkeit nicht völlig aufgegeben. [10]) Denn es ist gerechtfertigt, hier alles so zu betrachten, wie wenn Fälligkeit vorläge, da zu dem Eintritt derselben nur

---

[8]) Für unrichtig halten wir die Ansicht von Demelius, dass die Formel cum poposcere eine Beschränkung des Gläubigers enthalte. Denn eine Beschränkung des Gläubigers, in dessen Macht es steht, sie jederzeit aufzuheben, wäre keine Beschränkung und zum mindesten irrelevant, im Gegenteil aber liegt eine Verstärkung des Gläubigerrechtes in dieser Formel insofern, als der Schuldner vor Aufforderung nicht leisten kann. Derselben Ansicht ist auch Unger.

[9]) Anders hingegen ist es, wenn dem Schuldner das Kündigungsrecht zusteht. Hier tritt die Verjährung erst nach erfolgter Kündigung ein.

[10]) Freilich giebt es Ausnahmefälle, wo noch andere Erfordernisse erfüllt werden müssen. So z. B. die actio pigneraticia in personam die erst mit der Befriedigung des Pfandgläubigers nata est.

das Erfordernis fehlt, dass der Schuldner wirksam anbieten kann. [11])

Werfen wir noch einen kurzen Blick auf die Einzelheiten. Ist keine Zeit für die Leistung bestimmt, so ist die Forderung sofort fällig und die Verjährung beginnt sofort. Daran wird auch nichts, wie wir schon oben sahen, dadurch geändert, dass bei manchen Obligationen eine Erwartung sofortiger Rückforderung nicht besteht. An den erwähnten Fall des Darlehns auf Kündigung schliessen sich die Forderungen an, die erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist zahlbar sind. Entsprechend den bei jenen angeführten Gesichtspunkten beginnt hier die Verjährung, sobald es zulässig ist, durch Kündigung die Fälligkeit herbeizuführen, unter Hinzurechnung der Kündigungsfrist. [12])

Bei unseren bisherigen Betrachtungen haben wir noch nicht das Verhältnis von Einrede und Beginn der Klageverjährung berücksichtigt. Die aufschiebende Einrede, von der nur allein die Rede sein kann, gewährt das Recht demjenigen, der seine fällige Forderung geltend macht, entgegenzutreten.

Es ist falsch zu sagen, dass die Stundung der Forderung die Fälligkeit nimmt; auch sie macht nur, wie wir oben gezeigt haben, ein Gegenrecht geltend. Nichtsdestoweniger werden wir sowohl für die Stundung, als auch für die anderen Einreden im Prinzip annehmen müssen, dass, falls sie vorhanden sind, die Verjährung nicht eher läuft, als bis sie weggefallen sind.

Denn wenn die Rechtsordnung hinter das Recht nicht unserer Lebensanschauung entsprechend, sondern aus praktischen Rücksichten eine gewisse Pflicht zur Ausübung setzt, indem sie das Institut der Verjährung schafft, so kann sie das doch nicht zur Pflicht machen, das niemals verlangen, was unter normalen Verhältnissen nicht zum Ziele führen kann. Freilich

---

[11]) Nach unserer Begriffsbestimmung der Fälligkeit halten wir es daher für unrichtig, wenn Unger sofortige Fälligkeit annimmt. Unger Bd. 2 S. 583 N. 15.

[12]) Es giebt hierüber verschiedene Theorien, von denen wir die angeführte für die richtige halten.

ist mit Windscheid eine Ausnahme für den Fall zu machen, wo es in der Macht des Berechtigten stand, die Einrede zu beseitigen und wo es von ihm verlangt werden konnte, dass er sie beseitige. Dies findet Anwendung bei der Retentions-, Kompensations-, Excussionseinrede und schliesslich bei der exceptio non adimpleti contractus.

b. Die Anspruchsverjährung des bürgerlichen Rechts.

§ 23.

Durch die Einführung des Anspruchs und damit der Anspruchsverjährung im B. G. B. ist jeder Streit über die Notwendigkeit einer Rechtsverletzung abgeschnitten, denn die Verjährung erstreckt sich nicht auf den Verlust des gerichtlichen Forderungsrechtes, sondern auf den der Geltendmachung überhaupt. Bezüglich des Beginns der Verjährung bestimmt nun der § 198 B. G. B.: „Die Verjährung beginnt mit der Entstehung des Anspruchs".

Da aber der Anspruch, wie wir im ersten Teil unserer Arbeit zu beweisen versucht haben, bei den Obligationen mit Eintritt der Fälligkeit entsteht, so können wir für die Forderungsrechte den § 198 dahin aussprechen: die Verjährung des Forderungsanspruches beginnt mit Eintritt der Fälligkeit des Forderungsrechtes.

Diese Regel erleidet freilich eine Ausnahme und zwar die, welche wir schon oben erörterten. Nach § 199 B. G. B. beginnt die Verjährung einer Forderung, die auf Kündigung gestellt ist, mit dem Moment der Zulässigkeit der Kündigung und bei Vereinbarung einer Kündigungsfrist erst mit dem von da an unter Hinzurechnung der Frist gegebenen Zeitpunkte, also nicht erst mit Eintritt der Fälligkeit, denn diese hängt nach § 609 B. G. B. davon ab, dass der Gläubiger kündigt, sondern schon vor der Entstehung des Anspruchs, ja es kann zweifelhaft sein, ob ein Anspruch entsteht. Somit ist der durch Thon für das gemeine Recht mit voller Berechtigung verworfene Grundsatz für das B. G. B. wieder eingeführt: Totiens praescribitur actioni nondum natae, quotiens nativitas est in potestate creditoris.

Die angegebene Regel sowohl wie ihre Ausnahme zeigt u. E. treffend das Depositum. Ist keine Zeit für die Aufbewahrung bestimmt, so ist das Recht, die hinterlegte Sache zurückzufordern, resp. die Rücknahme der hinterlegten Sache zu verlangen, sofort mit Begründung des Depositum fällig und demgemäss wird die Anspruchsverjährung sofort beginnen müssen. Das wird aber auch für den Fall gelten, dass eine Zeit für die Verwahrung bestimmt ist. Denn diese Zeitbestimmung kann nach §§ 695, 696 nicht als Betagung angesehen werden, sondern fällt unter die Bestimmung des § 199. Das zeigt sich darin, dass der Hinterleger trotz der Zeitbestimmung sofort die Rückgabe fordern kann und die Fälligkeit nur deshalb nicht eintritt, weil der Verwahrer vorzeitige Rücknahme nur aus wichtigen Gründen verlangen kann.

Nach der Ausdrucksweise des bürgerlichen Gesetzbuchs hindern die dilatorischen oder aufschiebenden Einreden den Beginn der Verjährung nicht, sondern bewirken nur eine Hemmung des Verjährungslaufes. Praktisch aber kommt man zu demselben Resultat, wie im gemeinen Rechte. Auch hier sind dieselben Gründe, wie dort, für diese Regelung massgebend.

Aus allem ergiebt sich aber als Regel, dass der Gesichtspunkt der Fälligkeit bei der Verjährung der Forderungsansprüche in den Vordergrund tritt. Insofern mit dem Eintritt der Fälligkeit die Rechtsordnung erheischt, dass der Gläubiger zur Erhaltung seines Rechtes davon Gebrauch mache, insofern also mit dem Eintritte der Fälligkeit nicht nur ein Dürfen, sondern auch ein Sollen gegeben ist, können wir es als eine Wirkung der Fälligkeit betrachten, wenn die Nichterfüllung des Sollens eine Entkräftung des Gläubigerrechtes durch den Beginn der Verjährung herbeiführt.

Litteraturverzeichnis.

Arndts Pandekten, 5. Auflage.
Brinz: Pandekten 1879.
Burckhardt: Die lex commissoria beim Kauf. Arch. f. civ. Pr. Bd. 51.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 3. Aufl. 1901.
Crome: System des deutschen bürg. Rechts Bd. 1 und Bd. 2.
Demelius: Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte. 1. Bd. 1856.
Dernburg: Pandekten 5. Auflage.
Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. 2. Auflage 1901.
Dernburg: Kompensation 1864.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs 1902.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1900.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 1889.
Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Allgemeiner Teil. 2. Auflage 1900.
Fischer: In Bekker und Fischer. Erläuterungen zum Entwurf des B. G. B. Heft 6. 1889.
Friedenthal: Einwendung und Einrede in der C. P. O. und im B. G. B. 1898.
Fritz: Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu von Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes.
Gareis: Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. Berlin 1900.
Glücks Pandekten.
Goldmann und Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 1. Abt. 2. Aufl. 1901.
Hellmann: Vorträge über das B. G. B.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht.
Hoelder: Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil.
Hoelder: Archiv für die civ. Praxis Bd. 93.
Hollmann: Neue Jen. allg. Litt. Ztg. No. 87 1. Jhrg.
Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts 1864.
Ihering: Geist des römischen Rechts 1866.
Iherings Jahrbücher für Dogmatik Bd. 10.
Kniep: Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht 1871.
Kohler: Grünhuts Zeitschrift Bd. 14.
Kohler: Archiv für civ. Praxis Bd. 84.
Korff: De actione obligationum nata, Berliner Inaug. Dissert. 1865.
v. Kübel: Recht der Schuldverhältnisse nach dem Entwurf I des B. G. B.
Kunze: Die Obligationen im römischen und heutigen Recht 1896 Leipzig.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B. G. B. Berlin 1898.
Kuhlenbeck: Das Bürgerliche Gesetzbuch 1898.
Leonhard: Zeitschrift für Civilprozess Bd. 15.

Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einfluss auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft.
Lenz: Studien und Kritiken im Gebiete des preussischen, römischen und deutschen Rechts 1847.
Lindes Zeitschrift für Civilrecht und Prozess Bd. 4 1831.
Mann: Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Gött. Dissert. 1890.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3.-4. Aufl. 1900.
Molitor: Les obligations en droit romain. 1866.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abt. Die Lehre von der mora.
Motive zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1.
Mühlenbruch in Glück Bd. 41 und Bd. 40.
Neumann: Handausgabe des B. G. B. 3. Aufl. 1902.
Oertmann: Jahrbuch für Dogmatik Bd. 31.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, Komm. zum B. G. B.
Planck: Kommentar zum B. G. B.
Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht 1847.
Regelsberger: Pandekten.
Rehbein: Kommentar zum B. G. B.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts.
Scherer: Kommentar zum B. G. B.
von Scheurl: Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften 1871.
Schoemann: Handbuch des Civilrechts.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. (Allgemeiner Teil) Komm. zum B. G. B.
von Seeler: Zur Lehre von der Konventionalstrafe. Halle 1891.
Seufferts Archiv Bd. 9 und Bd. 52.
Seuffert: Praktisches Pandektenrecht 1852.
Simeon: Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts.
Sintenis: Praktisches gemeines Civilrecht. Bd. 4. 1847.
Schrader: Civilistische Abhandl. 1816.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B.
Unger: Oesterreich. Priv. Recht 4. Auflage 1876.
Unterholzner: Quellenmässige Zusammenstellung des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen 1840.
Vangerow: Archiv für die civ. Pr. Bd. 33.
Vangerow: Pandekten. 1852.
Wendt: Lehrbuch der Pandekten 1888.
Windscheid-Kipp: Pandekten (8. Auflage).
Wolff: Zur Lehre von der mora Gött. 1841.